DER REGELMÄSSIGE VERWAHRUNGS-VERTRAG DES BÜRGERLICHEN RECHTS UNTER VERGLEICHENDER VERWERTUNG DES GEMEINEN RECHTS.

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND
DER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER
KGL. BAYER. FRIEDRICH-ALEXANDERS-UNIVERSITÄT ERLANGEN

ACAD.
LIBR. BAT.
BIBL.

VORGELEGT VON

FRITZ VOGEL
RECHTSPRAKTIKANT AUS MÜNCHEN.
:: :: APPROBIERT AM 20. JUNI 1908 :: ::

MÜNCHEN.
BUCHDRUCKEREI VON MAX STEINEBACH
1908.

38

REFERENT:
HERR UNIVERSITÄTSPROFESSOR DR. OERTMANN.

MEINEN LIEBEN ELTERN.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542704_0023

Inhalt:

Seite

Einleitung. 1

I. Teil:

Begriff und Wesen des regelmässigen Verwahrungsvertrags im Allgemeinen.
Vorbemerkung. 3

1. Abschnitt.

Die Hauptmerkmale des Vertrags.

1. Ueber die Frage nach dem realen oder konsensualen Charakter der Verwahrung und den sog. Vorvertrag. 4

a) die reale Natur des Vertrags. 5

b) der sog. Vorvertrag (pactum de deponendo). 11

2. Ueber die Unentgeltlichkeit bezw. Entgeltlichkeit des Vertrages. 17

3. Der Verwahrungsvertrag als unvollkommen zweiseitiger, bezw. gegenseitiger Vertrag. 19

4. Der Gegenstand des Vertrages. 24

5. Zweck und Inhalt des Vertrages. 28

2. Abschnitt.

Unterscheidung des Verwahrungsvertrags von ähnlichen Rechtsverhältnissen. 30

Seite

1. Das blosse Gestatten der Niederlegung fremder Sachen im eigenen Raume. 31
2. Miete (Safevertrag). 32
3. Auftrag und Dienstvertrag. 38
4. Sequestration und Hinterlegung. 40

II. Teil:

Die einzelnen Bestimmungen des B. G. B. über den regelmässigen Verwahrungsvertrag im Besonderen.

1. Abschnitt.
   Beginn und Begründung des Vertrags. 44
2. Abschnitt.
   Die Verpflichtung des Verwahrers.
   1. Die Aufbewahrungspflicht und damit Zusammenhängendes. 45
   2. Die Haftung des Verwahrers. 56
   3. Die Verpflichtungen des Verwahrers bezüglich der Art und Weise der Aufbewahrung. 58
   4. Die Verpflichtungen des Verwahrers bei Zuziehung von Substituten und Gehilfen im Speziellen.
      a) Bei der Substitution. 64
      b) Bei der Zuziehung von Gehilfen. 70
   5. Die Rückgabepflicht des Verwahrers. 74
3. Abschnitt.
   Die Verpflichtungen des Hinterlegers. 74
   1. Die Verpflichtung zum Ersatz von Aufwendungen. 75
   2. Die Haftung des Hinterlegers für Schaden. 80
   3. Die Vergütigungspflicht des Hinterlegers. 83
   4. Die Rücknahmepflicht des Hinterlegers. 93

Seite

4. Abschnitt.

Die Endigung des Vertrages.

1. Ueber den Rückgabeanspruch im Allgemeinen. 93

Das Rückforderungsrecht des Hinterlegers. 93

2. Einreden gegen den Rückgabeanspruch. 96

3. Das Recht des Verwahrers auf Rücknahme der Sache. 101

4. Die Bewerkstelligung der Rückgabe. 104

Literatur.

Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 30.
Baron, Pandekten, 8. Aufl. (1893).
Beer, Hinterlegung zum Zwecke der Schuldbefreiung 1900.
Bendix, das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen B. G. B., 1899.
Cosack, Lehrbuch des Bürgl. Rechts, 3. Aufl. (1900), Bd. 1.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Aufl. (1903).
Cretschmar, Bürgl. Recht, 1902.
Crome, die partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897.
Crome, System des deutschen Bürgl. Rechts, 1902, Bd. 2.
Dernburg, Pandekten, 1903, Bd. 2.
Dernburg, die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Reichs und Preussens, 1906, 2. Bd., 2. Abt.
Deutsche Juristenzeitung, 1900.
Düringer-Hachenburg, das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 97, auf Grundlage des B. G. B. erläutert, 1905, 3. Bd.
Endemann, Lehrb. des bürgl. Rechts, 8. Aufl. (1903) Bd. 1.
Engelmann, das bürgl. Recht Deutschlands mit Einschluss des Handelsrechts, 1903.
Eneccerus-Lehmann, das bürgl. Recht, 2. Aufl, Bd. 1.
Fischer-Henle, Handausgabe des B. G. B., 1904.
Fontaine, der Dienstvertrag und der entgeltliche Verwahrungsvertrag des B. G. B., 1904.
Goldmann-Lilienthal, das B. G. B. systematisch dargestellt, 1903.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, 44. Jahrgang.

Holdheims Monatsschrift für Handels- und Bankwesen, 14. Jahrgang.
Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, 1881.
Ihering, der Besitzwille, 1889.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgl. Rechts, Bd. 3, 8, 33, 38, 45.
Jäger, Kommentar zur K. O. und dem E. G., 2. Aufl. (1904).
Kisch, die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B. G. B. für das deutsche Reich, 1900.
Kopf, das Hinterlegungsverhältnis, 1903.
Krahmer, gegenseitige Verträge, 1904.
Kuhlenbeck, von den Pand. zum B. G. B., 1898, Bd. 2.
Kuhlenbeck, das B. G. B., 1903, Bd. 1.
Landsberg, das Recht des B. G. B., 1904.
Leske, vergleichende Darstellung des B. G. B. und des preuss. Landrechts, 1900, 1. Hälfte.
Liebe, das bürgl. Recht nach dem deutschen B. G. B., 1904.
Lotmar, der Arbeitsvertrag, 1902, Bd. 1.
Matthiass, bürgl. Recht, 1900, Bd. 1.
Meisner, das B. G. B. für das deutsche Reich nebst dem E. G., 1898, (Recht der Schuldverh.).
Müller-Meikel, das b. R. in seiner neuen Gestaltung, 1899, Bd. 1.
Neumann, Handausgabe des B. G. B., Aufl. 3 (1905), Bd. 1.
Oertmann, das Recht der Schuldverh., 2. Aufl. (1906).
v. Petracycki, die Lehre vom Einkommen, 1893, Bd. 2.
Planck, B. G. B. nebst E. G., 3. Aufl. (1907), Bd. 2.
Sächs. Archiv f. b. R. und Prozess, Bd. 13.
Scherer, Recht der Schuldverh. des B. G. B., 1899.
Schneider, Depositum und Mandat, 1899.
Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverh. im B. G. B., 1904.
Staubs Kommentar zum H. G. B., 8. Aufl. (1907), Bd. 2.
Staudinger, Kommentar zum B. G. B., 2. Aufl., Bd. 2 (1905 bis 1906).

Stintzing, die Vorverpflichtung im Gebiete der Schuldverh., 1903.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pand. Rechts, 1900.
Die Materialien zum B. G. B. (in der Mugdanschen Ausgabe).
Entscheidungen des Reichsgerichts, der Oberlandesgerichte (in Sörgels Rechtsprechung und Seufferts Archiv).

Bemerkung:

Infolge der Gleichheit, bezw. Aehnlichkeit vieler Vorschriften des B. G. B. über den Verwahrungsvertrag mit solchen beim Auftrag, Dienstvertrag, Werkvertrag und anderen Geschäften ist in der Literatur bei der Darstellung des Verwahrungsvertrags oft auf die Darstellung dieser Verträge verwiesen. Hieraus erklärt sich en folgendem häufig vorgenommene direkte Bezugnahme auf solche Stellen.

Einleitung.

Die Vornahme der Aufbewahrung fremder Sachen ist eine der alltäglichsten Erscheinungen des Rechtsverkehrs. So verschieden, wie die Bedürfnisse des Lebens sind, welche jeweils den Entstehungsgrund einer Aufbewahrung bilden, so verschieden sind auch in Wesen und juristischer Behandlung die in der Gesetzgebung vorkommenden Fälle. Dementsprechend ist von Aufbewahrung auf zahlreichen Rechtsgebieten die Rede. Im Bereiche des B. G. B. sehen wir z. B. den Finder und Pfandgläubiger zur Verwahrung der Fund-, der Pfandsache auf Grund gesetzlicher Vorschrift verpflichtet, das H. G. B. regelt die vertragliche Aufbewahrungspflicht des Lagerhalters, Kommissionärs, Spediteurs, Frachtführers, das sog. Depotgesetz handelt von der ebenfalls durch Vertrag übernommenen Aufbewahrung von Wertpapieren durch Kaufleute, und auch die Aufbewahrung auf Grund einer öffentlich rechtlichen Verpflichtung, so z. B. durch die Zollbehörde bezüglich der ihr zur zollamtlichen Behandlung übergebenen Gegenstände, durch die Post bezüglich eingelieferter Beförderungsgegenstände ist dem Rechte nicht fremd.

Die folgende Darstellung hat sich mit dem Verwahrungsvertrag des bürgerlichen Rechts, geregelt in den §§ 688 ff. des B. G. B. zu befassen. Es ist der

Vertrag, dessen Zweck und Inhalt in der Aufbewahrung einer Sache besteht. Zunächst scheiden also alle die Fälle aus, in welchen eine Sache nicht auf Grund privatrechtlichen Geschäfts, sondern unmittelbar zu Folge gesetzlicher Vorschrift privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur verwahrt werden muss. Ausser Betracht bleiben aber auch die Fälle, in denen zwar die Verpflichtung zur Verwahrung vertragsmässig begründet ist, nicht aber durch einen Verwahrungsvertrag des bürgerlichen Rechts. Dies trifft bei dem dem Handelsrechte angehörigen Lagergeschäfte, geregelt in den §§ 416 ff. des H. G. B., zu.

Ein Verwahrungsvertrag der §§ 688 ff. liegt dagegen vor, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes Wertpapiere zur Aufbewahrung übernimmt. Der Verkehr hat verschiedene Formen dieses Geschäftes entwickelt. Die hienach verschiedenen Pflichten des Verwahrers sind im Wesentlichen durch ein Sondergesetz, das sog. Depotgesetz vom 5. 7. 1896, geregelt. Da die vorliegende Arbeit lediglich vom reinen, ausschliesslich im B. G. B. geregelten Verwahrungsvertrag handeln will, ist die Darstellung der besonderen Formen und Eigentümlichkeiten des Geschäfts unterblieben.

Im Uebrigen ist auch der Fall des sog. unregelmässigen Verwahrungsvertrages, behandelt im § 700 B. G. B., von der Darstellung ausgenommen.

Die wichtigsten Regeln des gemeinen Rechts, insbesondere diejenigen, durch welche sich das gemeinrechtliche depositum vom heutigen Verwahrungsvertrag unterscheidet, finden sich in der Darstellung aufgenommen.

I. Teil.

Begriff und Wesen des regelmäßigen Verwahrungsvertrages.

Vorbemerkung.

Der Verwahrungsvertrag des deutschen bürgerlichen Rechts hat seine Begriffsbestimmung durch den § 688 B. G. B. erhalten. Hienach ist er derjenige Vertrag, durch welchen der Verwahrer verpflichtet wird, eine ihm von dem Hinterleger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren.

Dieser in den §§ 688 bis 700 B. G. B. behandelte Vertrag zerfällt in zwei Arten: den regelmässigen und den unregelmässigen Verwahrungsvertrag. Letzterer, geregelt in § 700 B. G. B., verlangt stets Hinterlegung vertretbarer Sachen und weist im Uebrigen zwei Formen auf: entweder wird bei der Hinterlegung vereinbart, dass das Eigentum an den Sachen sofort auf den Verwahrer übergehen und dieser nur zur Rückgewähr von Sachen gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet sein solle — unregelmässiger Verwahrungsvertrag im engeren Sinne — oder es gestattet der Hinterleger dem Verwahrer, die Sache zu verbrauchen — alternativ irregulärer, auch beschränkt regelmässiger Verwahrungsvertrag genannt.

Der in folgendem allein zu behandelnde regelmässige Verwahrungsvertrag bestimmt sich also in

doppelter Weise. Einmal positiv aus § 688 B. G. B. als der auf Verwahrung beweglicher Sachen gerichtete Vertrag, sodann negativ durch § 700 B. G. B.: es fehlen ihm die in diesem Paragraphen enthaltenen, oben dargelegten Merkmale des unregelmässigen Verwahrungsvertrages. Demgemäss ergibt sich als notwendige und wichtigste Folge, dass die Rückgabe — auch bei Hinterlegung vertretbarer Sachen — in specie, niemals in genere zu geschehen hat.

Die Definition des § 688 B. G. B. hat dem Verwahrungsvertrag ein dem depositum des römischen und gemeinen Rechts im Allgemeinen gleichartiges Gepräge gegeben. Hier wie dort bildet die Aufbewahrung einer Sache den hauptsächlichen, wenn nicht ausschliesslichen Vertragszweck und die Hauptverpflichtung des Verwahrers. Hier wie dort ist die Aufbewahrung auf bewegliche Sachen beschränkt. Nach altem und neuem Rechte ist das Depositum Realkontrakt. Während aber römisches und gemeines Recht als wesentliches Erfordernis die Unentgeltlichkeit des depositum aufstellten, hat das B. G. B., den veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen Rechnung tragend, diesen Standpunkt aufgegeben. Der Verwahrungsvertrag des modernen Rechts kann nunmehr unentgeltlich und entgeltlich abgeschlossen werden.

I. Abschnitt.

Die Hauptmerkmale des Vertrages.

1. Ueber die Frage nach dem realen oder konsensualen Charakter der Verwahrung und den sog. Vorvertrag.

a) Die reale Natur des Vertrages.

Die Natur des depositum im römischen Recht als eines Realkontrakts ist unbestreitbar und unbestritten. Nicht schon die formlose Willensübereinstimmung erzeugte den klagbaren Vertrag, sondern erst die Uebergabe der zu verwahrenden Sache konnte diese Wirkung hervorrufen. Nicht solvendi causa, sondern obligandi causa geschah die Hingabe.

Mit der Anerkennung der allgemeinen Formfreiheit der Verträge im gemeinen Recht war der Ausgangspunkt zu dem bis heute nicht zur Ruhe gelangten Streite darüber gegeben, ob die Realkontrakte des römischen Rechtes solche geblieben oder der Herrschaft des Konsensualprinzips unterlegen seien. Damit zusammenhängend begann auch der Streit über Existenz und Wesen des sog. Vorvertrags. Demelius in Iherings Jahrb. Bd. 3 S. 401, 405, 409 führt aus, dass es Realkontrakte im Sinne des römischen Rechts, bei denen die Hingabe einer Sache contrahendi causa erfolge, nicht mehr gebe. Ueberall geschehe eine solche Hingabe solvendi causa (auch conditionis implendae causa), d. h. zwecks Ausführung des Vertragswillens. Jedoch könne man solche Verträge, bei denen die eine Hingabe voraussetzende Verpflichtung zur Rückgabe den Inhalt des Vertragswillens so vollkommen erschöpfe, dass die juristische Terminologie das Geschäft erst von der Hingabe an datiere, noch als Realverträge bezeichnen. Ein solcher Vertrag sei das depositum. — Anders Unger, in Iherings Jahrb. Bd. 8 S. 14, 16. Nach ihm gibt es auch heute noch Realverträge im Sinne des römischen Rechts, allein nur da, wo das Geschäft lediglich den Vorteil des Empfängers bezweckt. Alle anderen

Geschäfte aber, die entweder nur oder auch den Vorteil des Gebers im Auge haben, sind Konsensualverträge, also auch das Depositum.

Die herrschende und richtige Lehre hält demgegenüber an der realen Natur des Depositum im römischen Sinne fest. So Dernburg Pand. § 92, Windscheid S. 561, Oertmann Vorbem. 1 vor § 688. Ihr ist auch das Reichsgericht beigetreten, R. G. 12, 88. Sie erkennt ferner das pactum de deponendo, den Vertrag, durch welchen sich jemand zur Uebernahme einer Sache zwecks Aufbewahrung verpflichtet, als einen sog. Vorvertrag, naturgemäss konsensualen Charakters, an.

Nicht minder bestritten ist der Realcharakter des Verwahrungsvertrags im B. G. B.

Der definierende § 688 des B. G. B. sagt, dass durch den Verwahrungsvertrag der Verwahrer zur Aufbewahrung einer ihm übergebenen Sache verpflichtet wird. Angesichts dieser bestimmten und für die konsensuale Natur des Vertrags kaum ins Feld zu führenden Fassung wäre wohl für die Verwahrung des B. G. B. der Streit nicht fortgesetzt worden, wenn nicht die Vorarbeiten zum Gesetze dazu Anlass und Handhabe böten. Die Motive einerseits lassen nämlich entschieden die Auffassung des Verwahrungsvertrages als Realkontrakts (und zwar im strengeren Sinne) erkennen. Sie betonen, dass eine Fassung, welche den Hinterlegungsvertrag als Konsensualvertrag bezeichnete, insbesondere deshalb abgelehnt sei, weil die für den Verwahrungsvertrag aufzustellenden Rechtsnormen fast ausnahmslos die bereits erfolgte Auslieferung der zur verwahrenden Sache an den Verwahrer zur Voraussetzung hätten. Anderer-

seits war man in der Kommission darüber einverstanden, dass die Streitfrage, ob der Hinterlegungsvertrag als Konsensualvertrag oder Realvertrag charakterisiert werden müsse, nicht zu entscheiden sei, sondern der Wissenschaft überlassen bleibe.

Und in der Tat hat sich die Wissenschaft alsbald der aufgeworfenen Frage bemächtigt und in verschiedener Weise dazu Stellung genommen. Den gewonnenen Resultaten nach lassen sich hiebei drei Richtungen unterscheiden.

Die erste derselben sieht im Verwahrungsvertrag einen notwendig realen Vertrag. Ihr gehören an Oertmann Vorbem. 1 vor § 688, Endemann § 1185, Stintzing S. 71, Crome System S. 742, Schollmeyer S. 131, Kuhlenbeck B. G. B. Vorbem. vor § 688, Planck Vorbem. 2 vor § 688, Staudinger § 688 2 d, Enneccerus-Lehmann § 302 u. A.

Eine zweite Richtung vertritt Schlossmann in Iherings Jahrb. Bd. 45 S. 1 ff. Er bezeichnet den entgeltlichen Verwahrungsvertrag als Konsensual-, den unentgeltlichen als Realvertrag.

Die dritte Richtung leugnet die notwendig oder regelmässig reale Natur des Vertrages. So Cosack S. 154, Liebe S. 169, Meisner S. 221.

Welches ist nun die richtige Ansicht?

Nach Cosack a. a. O. besteht keine Notwendigkeit, den Vertrag real abzuschliessen. Häufig geschieht nach ihm der Vertragsschluss erst durch die tatsächliche Uebergabe, jedoch kann er ebenso gut der Uebernahme vorausgehen. Hiemit erkennt Cosack die Möglichkeit an, den Vertrag bald real, bald konsensual abzuschliessen; er scheidet aber nicht, wie Schlossmann a. a. O. dies tut, bestimmte Fälle,

in denen das eine oder das andere zu erfolgen hätte. Nach Schlossmann wird, wie erwähnt, der unentgeltliche Verwahrungsvertrag real, der entgeltliche konsensual geschlossen, nach Cosack kann der Erstere konsensual, der Letztere real geschlossen werden und umgekehrt. Schlossmann begründet seine Ansicht u. A. mit der wirtschaftlichen Verschiedenheit beider Arten: während er nämlich bei der Eigenschaft der unentgeltlichen Verwahrung als eines reinen Gefälligkeitsaktes den blossen Konsens nicht für genügend zur Vertragsperfektion hält, erscheint es ihm bei der entgeltlichen, den Interessen beider Parteien dienenden Verwahrung unbillig und dem Verkehre nicht entsprechend, der Zusage die Rechtsfolge zu versagen. Diese das Moment der Entgeltlichkeit bezw. Unentgeltlichkeit auch bei der Frage nach der realen oder konsensualen Natur des Vertrages berücksichtigende Darlegung erscheint, wenn auch nicht zutreffend, so doch im B. G. B. selbst nicht ganz ohne Stütze. Denn in andern wesentlichen Beziehungen regelt das B. G. B. den entgeltlichen Verwahrungsvertrag abweichend vom unentgeltlichen und zwar eben mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Verschiedenheit der beiden. Cosacks Ansicht aber ist mehr oder minder willkürlich und im Gesetze weder direkt noch indirekt irgendwie begründet.

Aber auch Schlossmanns Meinung, wonach der entgeltliche Verwahrungsvertrag Konsensualvertrag sei, kann man für das B. G. B. nicht wohl zutreffend finden. Wo das Gesetz, nachdem es einmal entgeltliche Verwahrung zulässt, diese abweichend von der unentgeltlichen behandelt wissen wollte, hat es dies ausdrücklich bestimmt. Die Vorschriften des

B. G. B. über den Vertrag, insbesondere der als Difinition an die Spitze des ganzen Instituts gestellte § 688, lassen aber in keiner Weise darauf schliessen, dass bezüglich der Frage, ob Real- oder Konsensualvertrag, ein Unterschied zwischen Verwahrung gegen oder ohne Entgelt begründet werden sollte. Bezeichnet man daher letztere als Realvertrag — wie dies auch von Schlossmann geschieht — so muss zweifelsohne das gleiche auch für die entgeltliche Verwahrung gelten.

Die herrschende Ansicht erblickt demgemäss in der Verwahrung einen Vertrag (notwendig) realer Natur. Für ihre Richtigkeit spricht zunächst wohl ein rein geschichtliches Moment: Dem Vertrage, welchem römisches Recht unbestrittener Massen, gemeines Recht überwiegender Ansicht nach realen Charakter zuerkannte, wollte diese Eigenschaft aller Wahrscheinlichkeit nach auch das B. G. B. nicht benehmen. Besonders eindringlich aber spricht das B. G. B. in § 688 selbst. Trotz der Protokolle, welche den Streit der Wissenschaft zuweisen, kann die mit der Fassung des Antrags 1 gleichlautende, auf den vorwürfigen Streit bezügliche Begriffsbestimmung des § 688 [1]) „. . . . . eine ihm . . . übergebene bewegliche Sache . . .“ als nur für den Realcharakter des Vertrags verwertbar aufgefasst werden, wie denn auch seitens mehrerer Mitglieder der Kommission be-

---

Anm. 1.) Im Gegenteil hiezu vergl. die Fassung des § 416 H. G. B.: „Lagerhalter ist, wer gewerbsmässig die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern übernimmt.“

Diese Fassung spricht entschieden für die Auffassung des handelsrechtlichen Verwahrungsvertrags als Konsensualkontrakts wie dies auch z. B. von Makower, H. G. B. S. 1371, angenommen wird. A. A. Staub Anm. 5 zu § 416.

tont wurde, dass diese Fassung tatsächlich eine Entscheidung zu Gunsten des Realvertrags enthalte, Prot. S. 2366. Hiezu kommt aber noch, dass auch die anderen Vorschriften des Titels (insbesondere die über die Vergütung) die bereits vollzogene Hingabe im Auge haben und fast äusnahmslos nur auf diesen Fall passen.

Letzteres gilt insbesondere für den Fall der entgeltlichen Verwahrung von dem Vergütungsanspruch. Je nachdem man von der Auffassung des Verwahrungsvertrages als eines Konsensual- oder Realvertrags ausgeht, beantwortet sich die Frage nach der Entstehung des Vergütungsanspruches verschieden. Ein Ergebnis, welches zeigt, dass die Ansicht Cretschmars S. 214 und Meisners S. 221, wonach die Frage nach dem Konsensual- bezw. Realcharakter für das heutige Recht bedeutungslos geworden sei, irrig ist. Ist nämlich der Verwahrungsvertrag konsensualer Natur, so hat der Verwahrer auch dann Anspruch auf die ausgemachte Vergütung, wenn der Vertragsgegenstand infolge eines vom Hinterleger zu vertretenden Umstandes nicht hinterlegt werden kann, § 324 Abs. 1 B. G. B. oder — nach Oertmann Vorbem. 3 vor § 688 — tatsächlich nicht hinterlegt wird. Ist dagegen der Verwahrungsvertrag Realkontrakt, so hat unter den gleichen Voraussetzungen der Verwahrer keinen Anspruch auf die bereits zugesagte Vergütung; ganz natürlich: denn die Vergütung ist hier regelmässig nicht als Gegenleistung für die Uebernahme der Sache zur Aufbewahrung, die erst erfolgen soll, gedacht, sondern als Entlohnung für die wirklich vollzogene Aufbewahrung, mithin als lex contractus für den erst realiter abzuschliessenden Verwahrungsvertrag.

b) Der sog. Vorvertrag (pactum de deponendo).

Kann nun auch der Verwahrungsvertrag als solcher der richtigen Ansicht nach nur durch die Hingabe der Sache begründet werden, so frägt es sich, ob nicht auch ein auf künftige Uebernahme einer Sache zur Verwahrung gerichteter Vertrag als sog. Vorvertrag möglich ist. Diese Vertragsart, in Rom als pactum de deponendo bekannt, aber nicht klagbar, erlangte im gemeinen Recht Geltung und hat sie der herrschenden Meinung zufolge auch für das heutige Recht beibehalten. *)

Wie das Wort schon sagt, ist der Vorvertrag ein Vertrag, der einem anderen — und zwar zeitlich — vorgeht; es ist ein Vertrag, durch welchen sich jemand einem anderen zum Abschlusse eines Vertrags, des Hauptvertrages verpflichtet. So Schlossmann a. a. O. S. 1, 37. Ist als Hauptvertrag ein depositum gedacht, so ist Vorvertrag derjenige Vertrag, durch welchen sich jemand zum Abschluss des depositum, einfacher ausgedrückt, zur künftigen Uebernahme einer Sache zu Verwahrungszwecken verpflichtet. Gegenstand des Vorvertrages ist also das contrahere, die von der einen Partei übernommene Verpflichtung, bei einem demnächst abzuschliessenden Verwahrungsvertrage mitzuwirken.

Das Vorkommen eines solchen Vorvertrages, wie des Vorvertrages überhaupt, wird nun von Schlossmann a. a. O. aus mehrfachen Gründen in Abrede gestellt. Insbesondere mit der Begründung, dass die Frage, ob eine Partei ein vernünftiges Interesse am Ab-

Anm. *.) Das B. G. B. enthält keine Bestimmung über den Vorvertrag. Trotzdem dürfte die Gültigkeit solcher Abmachungen nicht zu bestreiten sein.

schluss eines Vertrages haben könne, durch den sich ihr ein anderer zur Mitwirkung beim Abschlusse eines nach seinem Inhalte vertragsmässig bereits absolut oder relativ bestimmten Vertrags verpflichtet wird, rundweg zu verneinen sei. Ein solcher Vertrag sei für den Fall, dass beide Parteien einander gebunden sein wollten, zwecklos, für den Fall aber, dass nur der Promittent dem Promissar gegenüber gebunden sein solle, ein Umweg, da dasselbe Ziel einfacher durch die bindende Vertragsofferte erreicht werden könne. So kommt Schlossmann zu dem Resultat, dass der fragliche Vorvertrag als solcher nicht bestehe, sondern nichts anderes sei, als der konsensuale Teil eines komplexen Tatbestandes, dessen anderer Teil in der Hingabe der Sache bestehe und dessen beide Teile von einander nicht trennbar seien.

Auch Stintzing a. a. O. erkennt den oben entwickelten Begriff des Vorvertrages nicht an; seine „Vorverpflichtung" geht nicht auf das contrahere, sondern auf die Leistung selbst; nach ihm ist also der „Vorverpflichtete" auf Verlangen des anderen Teiles ohne weiteres zur Leistung verpflichtet. Speziell für den Verwahrungsvertrag sieht er aber in dem Versprechen, eine Sache zur — entgeltlichen oder unentgeltlichen — Verwahrung zu übernehmen, auch keine Vorverpflichtung, sondern eine Auftragsübernahme und zwar deshalb, weil sich der Verwahrungsvertrag nach B. G. B. hauptsächlich als Gelegenheitsgeschäft erweise.

Möglichkeit und Vorkommen des Vorvertrages zum depositum als „eines vom Verwahrungsvertrag selbst wesentlich verschiedenen und in dessen Abschluss seine Erfüllung und Beendigung findenden

Vertrags“ ist von der herrschenden Ansicht anerkannt, Oertmann Vorbem. 1 vor § 688. Das mit Recht. Wer die reale Natur des Verwahrungsvertrags anerkennt, wird nicht umhin können, demjenigen, welchem von einem Anderen Mitwirkung bei einem zwischen beiden abzuschliessenden Verwahrungsvertrag zugesagt wurde, den Anspruch hierauf zu gewähren. Die Ansicht Schlossmanns, solche Vorverträge kämen, weil vollständig zwecklos und ausserhalb des Parteiinteresses gelegen, nicht vor, dürfte sich kaum als richtig erweisen. Denn es kann sehr wohl jemand ein Interesse daran haben, dass sich ihm ein Anderer zum künftigen Abschluss eines Verwahrungsvertrages mit vielleicht im voraus schon ganz genau bestimmten Inhalte verpflichte. Man nehme z. B. folgenden Fall an: A., welcher eine lange Reise vorhat, will die Gewissheit haben, dass gerade B., dem er sehr vertraut, eine ihm kostbare Sache auf bestimmte Art aufbewahre; er will oder kann aber in dem Zeitpunkte, in dem er sich dies versprechen lässt, die Sache noch nicht aus der Hand geben, einen realen Verwahrungsvertrag nicht abschliessen. Auch Crome S. 167 erkennt die Möglichkeit des Vorvertrages an. Der Sinn eines solchen könne der sein, dass der nähere Inhalt des Hauptvertrages noch vorbehalten sein solle, z. B. um denselben den Eventualitäten der Zukunft anzupassen. Dass nun, wie Schlossmann sagt, dasselbe Ziel auf andere Weise einfacher, vielleicht durch eine bindende Vertragsofferte, erreicht werden kann, beweist höchstens gegen die Zweckmässigkeit, nicht aber auch gegen Möglichkeit und tatsächliches Vorkommen solcher Abmachungen.

Sicher ist nun, dass aus einem solchen Vorvertrag

der Promittent regelmässig verpflichtet wird, demnächst, d. h. bei Abschluss und zwecks Abschlusses des Hauptvertrages die Sache zur Verwahrung zu übernehmen. Dieser Grundsatz erleidet aber eine Ausnahme: In § 696 B. G. B. ist bestimmt, dass bei einem zeitlich begrenzt abgeschlossenen Verwahrungsvertrage der Verwahrer die vorzeitige Rücknahme der Sache nur aus einem wichtigen Grunde verlangen kann. Diese Bestimmung wird analog auf den Vorvertrag anzuwenden sein. Der künftige Verwahrer wird also die Uebernahme der Sache zur Verwahrung unter denselben Voraussetzungen ablehnen können, unter welchen er bei Vorliegen eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Verwahrungsvertrages die vorzeitige Rücknahme der Sache fordern könnte, d. i. wenn er einen wichtigen Grund hat. So Oertmann a. a. O., Endemann § 1185, Crome System S. 142, Fischer-Henle Anmerk. 2 zu § 688, Goldmann-Lilienthal S. 714.

Die Frage, ob durch einen Vorvertrag die Verpflichtung, eine Sache zwecks Abschlusses eines Verwahrungsvertrages zu übergeben, begründet werden könne, ist von den Anhängern der herrschenden Vorvertragstheorie teils bejahend, teils verneinend beantwortet worden. Oertmann a. a. O. verneint sie, desgleichen Dernburg § 149 III, Schollmeyer S. 131, Crome S. 742. Dagegen hält einen Vorvertrag solchen Inhalts für bindend Planck, Vorbem. 2 vor § 688. Trotz der Motive S. 570, welche die Verbindlichkeit einer solchen Verpflichtnug leugnen, wird man mindestens für den Fall, dass der künftige Verwahrer ein Interesse — sei es durch eine bereits zugesicherte Vergütung, sei es aus anderen etwa in seiner Person oder in

der Eigenschaft der betreffenden Sache liegenden Gründen — an der Einhaltung der Verpflichtung hat, Planck zustimmen müssen. Denn mit Recht weist er darauf hin, dass die Vorschrift des § 695, auf dessen analoge Anwendung die Vertreter der ersten Ansicht sich stützen, dispositiver Natur und also verzichtbar ist, Planck a. a. O. Andererseits trifft die Begründung, womit Crome S. 742 die Verbindlichkeit einer solchen seiner Ansicht nach dem Charakter des Geschäfts widersprechenden Verpflichtung in Abrede stellt, nicht zu. Denn es heisst doch sicher, das Wesen des heute fast die Regel bildenden entgeltlichen Verwahrungsvertrags verkennen, wenn Crome sagt, dass alles Interesse an der Uebernahme der Verwahrung beim Hinterleger liege und der Verwahrer daran kein Interesse habe. Uebrigens behauptet Planck auch nicht, dass eine solche Verpflichtung stets verbindlich sei, sondern nur, dass sie es sei, wenn die Absicht, eine solche Verpflichtung zu übernehmen, aus den besonderen Umständen hervorgehe und gibt selbst zu, dass im Zweifel eine solche Absicht nicht anzunehmen sei. Im gleichen Sinne auch Staudinger Erl. 2 d zu § 688. Letzten Endes hat hier die Auslegung zu entscheiden; die Grundsätze von Treu und Glauben finden hier ein reiches Anwendungsgebiet. Auch Goldmann-Lilienthal S. 714 hält eine solche Verpflichtung für bindend, freilich nicht in dem Sinne, dass daraus auf Uebergabe der Sache geklagt werden könnte — dem stehe § 695 entgegen — aber so, dass im Falle versprochenen Entgeltes der Versprechensempfänger die Vergütung (als Entschädigung) zu fordern berechtigt sei.

Die Frage, nach welchen Gesichtspunkten Auf-

wendungen zu erstatten sind, die der künftige Verwahrer in Erwartung und Vorbereitung der versprochenen Uebernahme oder Uebergabe gemacht hat, wird verschieden beantwortet. Oertmann Vorbem. 1 b zu § 688 und Crome, System S. 743 folgern die Ersatzpflicht aus der analogen Anwendung des § 693 B. G. B., Fischer-Henle Anm. 2 zu § 693 bezieht sich auf § 683 B. G. B., Kuhlenbeck B. G. B. Vorbem. vor § 688 auf die Grundsätze vom Auftrag. Staudinger Erl. 8 zu § 693 gibt dem Ersatzberechtigten den Anspruch aus dem pactum de deponendo als solchem dann, wenn durch dasselbe ein klagbarer Anspruch auf Uebergabe der Sache begründet werden sollte; anderenfalls verweist er ihn auf § 683, event. § 693 B. G. B. Am zweckentsprechendsten und einfachsten ist wohl die analoge Heranziehung des § 693 wegen der inneren Verwandtschaft des pactum de deponendo mit der wirklichen Verwahrung. Aber auch gegen die Anwendung des § 670, der übrigens die Erstattungspflicht im gleichen Umfang regelt wie § 93, ist nichts einzuwenden. Dagegen muss die allgemeine Berufung Fischer-Henles auf § 693 schon wegen der weit strengeren Voraussetzungen dieser Vorschrift als verfehlt bezeichnet werden und ebenso Staudingers Versuch, die Ersatzpflicht im Falle klagbaren Anspruchs auf Uebergabe der Sache aus dem pactum de deponendo selbst herzuleiten. Eine direkt oder analog anzuwendende gesetzliche Bestimmung ist hiefür nicht zu finden. Das B. G. B. regelt die Erstattungspflicht von Aufwendungen jeweils bei den einzelnen Schuldverhältnissen; eine allgemeine Erstattungspflicht innerhalb eines bestehenden Vertragsverhältnisses hat es nicht aufgestellt.

2. Ueber die Unentgeltlichkeit bezw. Entgeltlichkeit des Vertrages.

Unentgeltlichkeit war im römischen, wie im gemeinen Recht wesentliches Erfordernis des depositum. So die herrschende Lehre, u. a. Windscheid § 377, Dernburg Pand. § 92.

Dies ist jedoch keineswegs unbestritten. Baron z. B. § 277 und § 299 vertritt unter Berufung auf die l. 2 §§ 23, 24 D. vi bon. rapt. 47,8 den gegenteiligen Standpunkt. Zur Begründung weist er auf die Aehnlichkeit zwischen Miete eines Immobile und Verwahrung hin. Beiden Geschäften sei die Benützung fremden Raumes gemeinsam. Während aber der Mieter zugleich die Verfügungsberechtigung über den Raum erhalten und also eine bedeutende Leistung von seinem Gegenkontrahenten empfangen habe, sei dies auf Seite des Hinterlegers nicht der Fall, weshalb in der Regel des depositum unentgeltlich abgeschlossen werde. Die Vermutung spreche daher, wenn eine Sache gegen Entgelt hinterlegt werde, für Miete, anderenfalls für depositum. Baron erkennt also ein — wenn auch selten vorkommendes — entgeltliches depositum an. Seiner Darstellung kann aber, wie sich aus dem Folgenden ergibt, nicht beigepflichtet werden.

Aus dem Wesen und der Bezeichnung eines Geschäfts als eines „unentgeltlichen" folgt nämlich noch nicht, dass unter allen Umständen der eine Teil eine Leistung zu bewirken habe, ohne von dem anderen Teile irgend etwas zu empfangen. Dies führt besonders und treffend Petracycki aus. Ihm zufolge — S. 368, 369 — ist beim depositum (wie bei anderen unentgeltlichen Geschäften) ein „Honorar" möglich.

Es handelt sich hiebei nicht um eine Gegenleistung im eigentlichen Sinne, durch welche dem Dienstverpflichteten (in unserem Falle dem Depositar) ein Vorteil zugewandt werden soll, sondern lediglich um Gewährung einer Entschädigung für die geopferte Zeit, Mühe und event. Kosten. Eine Leistung also, welche nur bewirken soll, dass das dem Depositar durch seine Tätigkeit entstandene minus gemildert oder ausgeglichen wird und welche demzufolge durchaus vereinbar ist mit dem Prinzip der Unentgeltlichkeit. Dieser Auffassung ist beizupflichten. Denn sie beseitigt den sonst nicht leicht klärbaren und insbesondere durch die Darstellung Barons nicht geklärten Widerspruch verschiedener Quellenstellen, *) in welchen bald von der Unentgeltlichkeit des depositum, bald von einer Lohnabrede gesprochen wird.

Richtiger Ansicht nach war also das depositum des römischen und gemeinen Rechts ein unentgeltliches Geschäft. Wurde eine Sache gegen Vergütung, die nicht blos Honorar ist, aufbewahrt, so war das Geschäft Miete des zur Aufbewahrung bestimmten Raums, Dernburg S. 589.

Diesen Standpunkt hat das B. G. B. verlassen und hiemit den Hauptunterschied zwischen dem römisch- und gemeinrechtlichen Depositum einerseits und seinem Verwahrungsvertrag andererseits geschaffen. Es hat den Grundsatz, dass nunmehr die Verwahrung einer Sache auch gegen Entlohnung (d. i. Gegenleistung im eigentlichen Sinne, im Gesetz „Vergü-

*) Vergl. l. 3 § 1 D. nautae 4, 9, l. 1 § 8 D. h. t. — l. 5 § 2 D. commod. 13, 6 und die schon oben cit. Stelle.

tung“ genannt) geschehen könne, ohne dass hierdurch das Geschäft den Charakter eines anderen Vertrages annehme, in doppelter Weise zum Ausdruck gebracht. Einmal negativ dadurch, dass im § 688 B. G. B. das Erfordernis der Unentgeltlichkeit nicht mit in die Begriffsbestimmung aufgenommen ist,*) sodann positiv dadurch, dass in den §§ 689, 690, 699 der Entgeltlichkeit bezw. Unentgeltlichkeit des Vertrags Erwähnung geschieht. Das Gesetz hat sich aber nicht darauf beschränkt, die Möglichkeit entlohnter Verwahrung anzuerkennen, sondern hat weitergehend im § 689 zu Gunsten des Verwahrers den Satz aufgestellt, dass eine Vergütung für die Verwahrung als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten ist. Hiemit hat das Gesetz einen alltäglich vorkommenden Vertrag von der ihm lästigen Fessel der Unentgeltlichkeit befreit und ihn dem modernen Erwerbsleben dienstbar gemacht.

3. Der Verwahrungsvertrag als unvollkommen zweiseitiger, bezw. gegenseitiger Vertrag.

Die Einteilung der Verträge in die drei Klassen der einseitigen, unvollkommen zweiseitigen und gegenseitigen ist seit altersher in der Rechtswissenschaft üblich. Das römische Recht legte hiebei das entscheidende Gewicht auf die Frage, ob begriffsmässig der Vertrag die Verpflichtung nur des eines Kontrahenten, ob er möglicherweise neben dieser wesentlichen Verpflichtung auch eine solche des anderen Teiles oder

*) Vgl. dagegen die Fassung des § 598 bei der Leihe, des § 662 beim Auftrag.

endlich, ob er stets und wesentlich Verpflichtungen beider Teile erzeugte. Daher war das römisch- und gemeinrechtliche depositum ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag. Notwendiger Bestandteil war die Verpflichtung des einen Kontrahenten, die Sache aufzubewahren und zu restituieren, möglicherweise konnte auch eine Verpflichtung des anderen Kontrahenten (Ersatz von Aufwendungen) hinzutreten, niemals aber als Gegenleistung, als Ausgleich für die Leistung des Depositars. Dem unvollkommen zweiseitigen Geschäft entsprang notwendig die actio directa des Deponenten zur Geltendmachung der Hauptverpflichtung, möglicherweise die actio contraria, die Geltendmachung der dem Depositar gegen den Deponenten event. zustehenden Rechte bezweckte.

Auch das heutige Recht kennt noch die Einteilung der Verträge in die drei genannten Gruppen. Und eine Anzahl Schriftsteller verfährt bei der Bewerkstelligung dieser Einteilung in der hergebrachten Weise: Sie führen den Verwahrungsvertrag trotz der veränderten Gestalt, die ihm die Preisgabe des Unentgeltlichkeitsprinzips verliehen hat, in der Klasse der unvollkommen zweiseitigen Verträge weiter. So z. B. Staudinger, Vorbem. 2a zu § 688. An und für sich wäre gegen diese Einteilung nichts einzuwenden. Allein gerade beim Verwahrungsvertrag führt sie zu Schwierigkeiten. Denn der entgeltliche Verwahrungsvertrag ist ein — und zwar wie unten zu zeigen ist, stets — gegenseitiger Vertrag. Dies wird natürlich auch von Staudinger a. a. O. zugegeben, mit der hier belanglosen Einschränkung, dass die Vereinbarung einer Vergütung den Vertrag nicht unter allen

Umständen zu einem gegenseitigen stemple. Es kann nun doch nicht angehen, der entgeltlichen Verwahrung die Aufnahme in die Klasse der gegenseitigen Verträge zu versagen oder sie gar unter die unvollkommen zweiseitigen Verträge zu rechnen, nur weil das uns geschichtlich überkommene Bild des depositum — rein abstrakt betrachtet — dieses als in die letztere Klasse gehörig bezeichnet.

Demzufolge muss ein anderer Gesichtspunkt die Grundlage für die Einteilung der Verträge liefern. Wir finden einen solchen bei Oertmann Vorbem. 3 zu §§ 320 bis 7 aufgestellt. Darnach sieht das heutige Recht bei der Einreihung der Verträge in die genannten Klassen nicht mehr so auf das abstrakte Bild des Vertrages, auf dessen Typus, als vielmehr auf die concrete Erscheinung des jeweils ins Leben tretenden einzelnen Vertrags, auf das einzelne Schuldverhältnis selbst. Auf unseren Vertrag angewandt, ergibt sich hienach einerseits die Zugehörigkeit eines entgeltlich abgeschlossenen Verwahrungsvertrags zu der Klasse der gegenseitigen, eines unentgeltlich abgeschlossenen zu der Klasse der unvollkommen zweiseitigen Verträge, andererseits die Bedeutungslosigkeit der Einreihung des Verwahrungsvertrages als solchen in eine dieser Klassen. Dieser — auch von Jäger, Anm. 3 zu § 17 vertretenen — Ansicht muss in jeder Weise zugestimmt werden. Sie beseitigt die sich beim Festhalten des abstrakten Einteilungsmodus ergebenden Schwierigkeiten. Man denke nur, dass diesfalls der entgeltliche Verwahrungsvertrag folgerichtig aus der Kategorie der gegenseitigen Verträge ausgeschlossen werden müsste, weil der abstrakte Verwahrungsvertrag als ein nicht stets und notwen-

dig auf beiden Seiten berechtigendes und verpflichtendes Geschäft dieser Kategorie nicht zugehören kann. Also auch da, wo der Hinterleger vergütet, um die Leistung des Verwahrers auszugleichen, läge kein gegenseitiges, sondern ein unvollkommen zweiseitiges Vertragsverhältnis vor.

Letztere für das heutige Recht unhaltbare Auffassung vertritt Endemann Seite 1160 mit der Modifikation, dass er in der Verwahrung als solcher nicht einen unvollkommen zweiseitigen Vertrag, sondern einen einseitigen sieht, „da eine Vergütung weder notwendig sei, noch wenn sie gewährt werde, sich als Gegenleistung darstelle". Ist die letztere Behauptung Endemanns schon kaum zutreffend für die Fälle, in denen eine Vergütung von den Parteien schlechthin vereinbart oder als vereinbart anzusehen ist, so ist sie unbedingt unrichtig aber für alle die Fälle, in welchen die Vergütung dem erkennbaren Parteiwillen nach Gegenleistung sein soll.

Gewissermassen ein Mittelweg wird von anderen Schriftstellern eingeschlagen, indem sie behaupten, dass die Vergütung nicht immer als Gegenleistung gedacht sei, so dann nicht, wenn sie nur den Zweck habe, den Verwahrer für Aufwendungen zu entschädigen. Die Frage, ob ein entgeltlich abgeschlossener Verwahrungsvertrag gegenseitig sei, hänge davon ab, ob sich die Vergütung als Gegenleistung darstelle oder nicht. So Fischer-Henle Anm. 3 zu § 689, Staudinger Vorbem. 2a zum Titel, Schollmeyer S. 132, Planck Vorbem. III zum 12. Titel. Auch Crome System S. 743, der als Kriterium zur Entscheidung dieser Frage die Höhe der Vergütung ansieht. Die Auffassung dieser Autoren stützt

sich wohl auf eine Stelle in den Motiven, woach sich aus dem Wortlaut des § 623 (jetzt 699) Abs. 2 ergeben solle, dass die Vereinbarung einer Vergütung den Vertrag noch nicht zum gegenseitigen mache, (was bei den Beratungen der zweiten Kommission teilweise zugegeben, teilweise bestritten wurde). Dem wird man nicht wohl zustimmen können. Freilich können die Parteien die Leistung, welche den Verwahrer für Aufwendungen oder andere Vermögensopfer entschädigen soll — mag sie hinterher je nach der Grösse derselben festgesetzt werden oder bereits im voraus als Pauschgebühr bestimmt worden sein — „Vergütung" nennen und ebenso sicher schafft eine solche Vergütung keinen gegenseitigen Vertrag. Allein diesen Fall meint das Gesetz nicht, wenn es von Vergütung spricht, sondern mit letzterem Ausdruck bezeichnet es die Leistung, die der Hinterleger vertragsgemäss dem Verwahrer für die Aufbewahrung als Gegenwert und Ausgleich für diese gewährt. Das ergibt deutlich der Wortlaut des § 689 B. G. B. Eine so gemeinte Vergütung aber macht den Vertrag, wie Oertmann Vorbem. 3 vor § 688 ausführt, stets zu einem gegenseitigen, — auch dann natürlich, wenn die Parteien diese dem Hinterleger obliegende Leistung nicht Vergütung nennen. Ebenso Cosack § 154, Meisner Anm. 3 zu §688, Jäger Anm. 3 S. 140, Kisch S. 4.

Liegt nach obigem ein gegenseitiger Vertrag vor, so finden die Bestimmungen des B. G. B. über diese Vertragsklasse, die §§ 320 bis 327 Anwendung. Zu beachten ist jedoch, dass sie nur insoweit anwendbar sind, als es sich um Verpflichtungen handelt, die zu einander im Verhältnis der Gegenseitigkeit stehen.

Zweifelhaft kann sein, ob die Rückgabepflicht des Verwahrers hierunter zu rechnen ist. Kisch S. 7 verneint diese Frage, Krahmer Anm. 26 S. 86 bejaht sie. Die letztere Ansicht verdient den Vorzug. Die Rückgabepflicht des Verwahrers ist ein so wesentlicher Bestandteil des Vertrags und der Aufbewahrungspflicht so koordiniert, dass es nicht angängig erscheint, sie von der Gegenseitigkeit auszuschliessen.

4. Der Gegenstand des Vertrages.

Nach altem und neuem Recht ist der Verwahrungsvertrag ein Vertrag, dessen Zweck und (hauptsächlicher) Inhalt in der Aufbewahrung einer Sache besteht. Die Aufbewahrung und die durch die Uebernahme der Sache bedingte Rückgabepflicht bilden heute, nachdem das gemeinrechtliche Erfordernis der Unentgeltlichkeit weggefallen ist, die einzigen wesentlichen Bestandteile des Vertrages.

Worin nun die Erfüllung der Aufbewahrungspflicht im einzelnen besteht, ist im zweiten Teile zu zeigen. Hier soll für das Nachfolgende die Feststellung genügen, dass zwar nicht unbestrittenermassen, wohl aber der richtigen Ansicht nach die Aufbewahrungspflicht sich aus zwei Momenten zusammensetzt und in der Erfüllung dieser erschöpft. Sowohl nach früherem wie nach heutigem Recht muss, wer eine Sache als Depositar verwahrt,

1. einen ihm gehörigen oder wenigstens in seinem unmittelbaren Besitz befindlichen Raum zur Verfügung stellen, und ausserdem

2. ein auf Bewahrung der Sache gerichtetes Verhalten, ein custodire, an den Tag legen. Er muss die Sache in seine Obhut nehmen.

Diese Feststellung liefert — deshalb muss an dieser Stelle davon gehandelt werden — den Anhaltspunkt zur Beantwortung der Frage, warum sowohl der richtigen Ansicht nach im gemeine Recht als laut positiver Vorschrift nach dem B. G. B. der Verwahrungsvertrag auf bewegliche Sachen beschränkt ist.

Die Frage, ob das depositum des gemeinen Rechts nur Mobilien oder auch Immobilien zum Gegenstand haben könne, ist ausserordentlich bestritten. Dernburg Pand. S. 248 bezeichnet in seiner Definition des depositum als verwahrungsfähige Sachen „Objekte" und führt demgemäss aus, dass sich das depositum nicht auf Mobilien beschränke, sondern auch bezüglich Immobilien, insbesondere in der Form der Sequestration finde. Windscheid S. 561 erkennt nur bewegliche Sachen als Gegenstand eines depositum an, weil man eine unbewegliche Sache zwar bewachen, ihr aber nicht zum Zwecke des Bewahrtseins seinen Raum gewähren könne. Diese Begründung Windscheids ist entsprechend seiner Auffassung vom Wesen der Aufbewahrungspflicht: da diese nach ihm ausschliesslich in der Pflicht zur Raumgewährung besteht, kann ein Immobile nicht deponiert werden.

Für das heutige Recht ist der Streit durch den § 688 B. G. B. erledigt. Er bestimmt ausdrücklich, dass nur b e w e g l i c h e Sachen Gegenstand eines Verwahrungsvertrages sein können. Die Begründung, welche diese Bestimmung in der Literatur erfährt, ist verschieden. Crome System S. 741, 742 z. B. geht aus von dem Begriff des custodire, das er als eine nur zur Erhaltung, nicht auch zur Verwaltung verpflichtende (Aufbewahrungs-) Tätigkeit leichtester Art be-

zeichnet, und er folgert daraus die Beschränkung des Vertrages auf Mobilien: denn ein Grundstück könne in diesem Sinne nicht in Obhut genommen werden; es werde entweder verwaltet oder sich selbst überlassen und bedürfe letzteren Falles keines Verwahrers. Diese Auffassung ist nicht zutreffend. Darauf lassen einmal die Motive S. 570, 71 schliessen, welche, wenn ein Grundstück „verwahrt" werden soll, zwei Möglichkeiten unterscheiden: den Fall, dass das Grundstück zur Verwaltung übergeben und den Fall, dass es — minder weitgehend — nur einem Hüter anvertraut wird. Letzteres bedeutet aber nichts anderes als eine Uebergabe, welche den Empfänger zur einfachen custodia verpflichtet, ganz wie bei beweglichen Sachen. Eine solche custodia, eine (nach Crome) Tätigkeit leichtester Art lässt sich auch bei Immobilien denken. Denn es ist doch ein Unterschied, ob jemand ein Grundstück im Sinne des Wortes „verwaltet", wozu möglicher Weise Vornahme von Arbeiten, Früchteziehung u. dgl. mehr gehört, oder ob er nur eine Obhuttätigkeit ausübt, die ihn lange nicht zu einem Masse von Sorgfalt und Arbeit wie eine Verwaltung verpflichtet, eine custodia, die sich z. B. bloss darauf beschränken kann, dass er zusieht, ob dem Grundstück nicht etwa durch elementare Ereignisse ein Schaden drohe. Dass eine Tätigkeit dieser Art auch bei Immobilien Platz greifen kann, ohne dass das Grundstück verwaltet oder sich selbst überlassen werden muss, möchte wohl niemand bezweifeln. Auch Oertmann Vorbem. 2 vor § 688 folgert die Beschränkung des Verwahrungsvertrages auf Mobilien aus dem Begriff der custodia. Aber er definiert diesen Begriff zu eng, wenn er bei Grundstücken

die custodia deshalb für unnötig hält, weil diese ihre Stellung im Raume ohnedies nicht verlieren können.

Lässt sich so der Grund für die Beschränkung des Verwahrungsvertrags auf Mobilien nicht aus dem Begriff des custodire — so verschieden dessen Inhalt auch je nach den Umständen des Einzelfalles sein mag — feststellen, so bleibt nur das Moment der Raumgewährung über und darin wird man auch mit Windscheid die Ursache dieser Beschränkung sehen müssen: einem Immobile kann man keinen Raum gewähren.

Wird daher ein Grundstück übernommen, sei es mit der Verpflichtung zur Verwaltung oder zur blossen „Hütung", wie die Motive sagen, so liegt ein Dienstvertrag oder Auftrag vor, je nachdem das Geschäft entgeltlich oder unentgeltlich ist. So auch Müller-Meikel S. 360, Cosack § 154 I 3.

Bewegliche Sachen aber sind allgemein fähig, den Gegenstand eines regelmässigen Verwahrungsvertrages zu bilden. Hiedurch unterscheidet sich der Verwahrungsvertrag des B. G. B. vom handelsrechtlichen Verwahrungsvertrag, dem Lagergeschäft. Denn nach § 416 des H. G. B. besteht das Lagergeschäft in der Lagerung und Aufbewahrung von „Gütern". An sich umfasst zwar, wie Staub Anm. 10 zu § 416 ausführt, der Begriff „Gut" jeden beweglichen Gegenstand. Allein dieser Begriff ist im Sinne der Vorschriften über das Lagergeschäft dahin einzuschränken, dass es ein zur Lagerung und Aufbewahrung geeigneter Gegenstand sein muss. Als solchen betrachtet Staub alle leblosen Waren; daher sind vom Lagergeschäft ausgeschlossen lebende Tiere, aber auch Wertpapiere, da erstere keine leblose

Ware, letztere überhaupt keine Ware sind. Dem wird man für das handelsrechtliche Lagergeschäft zuzustimmen haben. Wohl aber können Tiere und Wertpapiere Gegenstand des bürgerlichrechtlichen Verwahrungsvertrages sein und insbesondere Wertpapiere sind es häufig.

Was endlich den Begriff der Sache anlangt, so sind hier natürlich die allgemeinen Bestimmungen des B. G. B. über Sachen massgebend. Vor allem § 90 B. G. B., wonach Sache ein körperlicher Gegenstand ist. Somit können alle körperlichen Gegenstände, soferne sie nur beweglich sind, im Sinne der §§ 688 ff. verwahrt werden und es macht keinen Unterschied, ob sie vertretbare oder nicht vertretbare, verbrauchbare oder nicht verbrauchbare sind. Auch ein vom menschlichen Körper abgetrennter Teil desselben z. B. ist bewegliche Sache und kann deshalb Gegenstand der Verwahrung sein. Nicht aber ein Sachinbegriff als solcher, denn er ist in seiner Zusammensetzung als Einheit kein körperlicher Gegenstand, vergl. Fischer-Henle Anm. 2 zu § 90.

5. Zweck und Inhalt des Vertrages.

Wie im gemeinen Recht, so gilt auch heute der Satz: ein Verwahrungsvertrag ist nur dann vorhanden, wenn der Vertrag ausschliesslich oder doch hauptsächlich die Aufbewahrung bezweckt. Das Gesetz hat es nicht für notwendig gefunden, diesen Gedanken direkt auszusprechen. Er ergibt sich aus dem Zwecke und der Natur des Vertrages von selbst und ist indirekt aus der Fassung des § 688 zu entnehmen. Ein Vertrag also, der nicht die Aufbewahrung als solche bezielt, ist niemals Verwahrungsvertrag, auch wenn

anlässlich desselben eine Sache tatsächlich aufbewahrt wird, sei es, dass wie z. B. bei der Leihe die Aufbewahrung dem betreffenden Kontrahenten den Gebrauch der Sache sichern soll, sei es, dass sie, wie die Motive sagen, im rechtlichen Zusammenhange steht mit einer anderen den juristischen Charakter des Vertrages bestimmenden Verbindlichkeit, wie z. B. beim Dienst- oder Werkvertrag. Ist dagegen die Verwahrung eigentlicher Vertragszweck, so schadet es dem Charakter des Vertrages nicht, wenn in Verbindung mit ihr auch gewisse Nebenleistungen übernommen werden. Solche Nebenleistungen können aber nur dann im Rahmen eines Verwahrungsvertrages vereinbart werden, wenn durch sie der Hauptzweck des Vertrages, die Aufbewahrung, nicht beseitigt wird oder leidet. Sie werden besonders da vorkommen, wo das Motiv des Hinterlegers zum Abschlusse des Verwahrungsvertrages nicht blos der Wille ist, der Sache selbst einige Zeit ledig zu sein, sondern auch die Absicht, mit dem Besitze der Sache verbundene Unbequemlichkeiten durch Uebertragung auf den Verwahrer sich vom Halse zu schaffen. So werden häufig Wertpapiere einem Bankier gerade deshalb übergeben, weil der Hinterleger ausser von der Sorge für ihre Verwahrung auch von der dem Bankier leichteren Arbeit, die Verlosung zu kontrollieren, Zinsscheine einzuziehen u. dgl. befreit sein will. Aber nur insoweit solche in einzelnen Verwaltungshandlungen bestehenden Nebenleistungen mit dem Vertragszwecke der Aufbewahrung vereinbar sind, sind sie in einem Verwahrungsvertrag zulässig. Der Verkehr kennt auch Fälle, in denen eine Aufbewahrung um ihrer selbstwillen, aber in Verbindung mit

einem anderen Vertrag vorgenommen wird, z. B. es kauft jemand eine Sache und lässt sie, anstatt sie mitzunehmen, einstweilen vom Verkäufer verwahren. Hier liegt natürlich ein eigentlicher Verwahrungsvertrag vor, bei dem Rechte und Pflichten nach den über diesen Vertrag geltenden Bestimmungen zu beurteilen sind. Anders dagegen in den Fällen, wo die Verwahrung sich nur als Nebensache einem Vertrage mit anderem Zwecke zugesellt. Hier kommen die Regeln über den betreffenden anderen Vertrag zur Anwendung, vergl. Oertmann Vorbem. 6 d vor § 688, Motive S. 570. Und nur in zweiter Linie wird man auch hier die Bestimmungen über den Verwahrungsvertrag heranziehen können, soweit sie anwendbar sind. So Endemann § 185, Neumann Anm. II 1 zu § 688.

2. Abschnitt.

Unterscheidung des Verwahrungsvertrages von ähnlichen Rechtsverhältnissen.

Der Verwahrungsvertrag hat in verschiedenen Beziehungen Berührungspunkte mit anderen ihm mehr oder minder ähnlichen Geschäften gemeinsam. Mitunter ist die Unterscheidung mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Stets aber liefert die Frage nach Zweck und Inhalt des Verwahrungsvertrages, nach den Mitteln, durch welche das Vertragsziel erreicht werden soll, ein in der Regel, wenn auch nicht immer zuverlässiges Unterscheidungsmerkmal. Im folgenden werden dem Verwahrungsvertrag die hier hauptsächlich in Betracht kommenden Verträge bezw. Verhältnisse gegenübergestellt.

1. Das blosse Gestatten der Niederlegung fremder Sachen im eigenen Raume.

Da der Begriff des Aufbewahrens zwei Momente: Raumgewährung und Uebernahme der Obhut erfordert, so liegt ein Verwahrungsvertrag da nicht vor, wo zwar ersteres Moment gegeben ist, letzteres aber fehlt. Wer lediglich duldet, oder sogar ausdrücklich gestattet, dass jemand eine Sache bei ihm niederlege oder liegen lasse, ohne sich hiebei irgendwie zu einer Obhut verpflichten zu wollen, schliesst, wenn überhaupt einen Vertrag, so doch keinen Verwahrungsvertrag ab. Auch dann nicht, wenn er sogar — vielleicht aus Gefälligkeit — selbst die Unterbringung der Sache in seinem Raume übernimmt. So Oertmann Vorbem. 6c vor § 688, Crome System § 285, Planck Anm. 2 zu § 688. Derartige Fälle sind in der Praxis überaus zahlreich. Meist wird hiebei der Wille, sich überhaupt rechtsgeschäftlich zu verpflichten, fehlen und es sich demgemäss um reine Gefälligkeitsakte, Freundschaftsdienste handeln. So in den von Ihering, der Besitzwille S. 419 aufgeführten Beispielen (es gestattet jemand seinem Nachbarn bei einem Bau, Material auf seinem Grund zu lagern, bei einem Brand, das Vieh in seinen Stall zu verbringen). Das Gleiche führt Danz in Iherings Jahrbuch Bd. 38 S. 476 aus. Er weist treffend auf die Folgen hin, die sich in solchen Fällen bei Annahme eines Verwahrungsvertrages ergeben könnten: ein Spediteur z. B., der einem exmittierten Mieter auf dessen Bitten hin gestattet, die Möbel in seinem Hofe einstweilen aufzustellen, dabei aber nicht im geringsten an die Uebernahme einer Obhut denkt, würde für diesen seinen Gefälligkeitsakt noch bestraft

werden, weil er unter Umständen für die Sachen haften müsse. Aehnlich auch Staudinger Erl. 2c zu § 688. Es wird sich bei der Beurteilung der Frage, ob in derartigen Fällen die Uebernahme einer Obhutspflicht beabsichtigt ist, die Anlegung eines strengen Masstabes empfehlen: Im Zweifel ist aus der Tatsache der blossen Raumgewährung nicht auf das Vorliegen eines solchen Willens zu schliessen.*) Natürlich ist es auch möglich, dass jemand die Niederlegung einer Sache in seinem Raume gestattet mit dem Willen, sich hiedurch rechtlich zu verpflichten. Aber dann liegt — mangels Uebernahme der Obhut über die Sache — kein Verwahrungs-, sondern ein anderer Vertrag vor, dessen Natur zweifelhaft sein kann.**)

2. Miete (Safevertrag).

Das Moment der Raumgewährung spielt auch bei der Unterscheidung des Verwahrungsvertrages vom Mietvertrag eine Rolle: da der Zweck, eine Sache verwahrt zu wissen, auch dadurch erreicht werden kann, dass jemand einen Raum zur Unterbringung derselben mietet, so ist eine gewisse Aehnlichkeit zwischen beiden Verträgen vorhanden. Die Unterscheidung ist hier in den meisten Fällen leicht: denn abgesehen von dem mehr äusserlichen Moment, dass dem Mietvertrage Vergütung wesentlich, dem Verwahrungsvertrage dagegen nicht wesentlich ist, hat der Verwahrer nicht einen bestimmten Raum zu ge-

*) Vergl. Urt. des OLG. Kiel v. 21. II. 06 in Sorgel, Rechtspr. 06 zu § 688.

**) Möglicherweise liegt Leihe vor, möglicherweise ein — nach Oertmann a. a. O. nicht — besonders benannter Vertrag. Vgl. auch Urt. des OLG. Jena vom 7. 11. 06. in Soergel Rechtspr. 07, Hamburg v. 26. V. 82 in Seufferts Archiv Bd. 37, S. 305.

währen wie der Vermieter, denn nicht der Raum ist Gegenstand des Verwahrungsvertrages, sondern die Aufbewahrung, die nur als Mittel zur Erfüllung einen Raum erheischt. Der Hauptunterschied besteht aber wohl darin, dass der Verwahrer seinen Raum nicht dem Hinterleger zur freien Verfügung stellt, wie es der Vermieter dem Mieter tun muss; der Verwahrer braucht sich in der Verfügungsberechtigung über seinen Raum nur insoweit kürzen, als es zur Erfüllung des Vertrages notwendig ist. Der Mieter erwirbt den Besitz der Mietssache, der Hinterleger natürlich nicht den Besitz des Raumes, in welchem die Sache aufbewahrt wird.

Zu erheblicheren Schwierigkeiten führt die Abgrenzung von Verwahrungsvertrag und Miete nur bei einem Geschäft von allerdings grosser praktischer Bedeutung: es handelt sich um die sehr bestrittene Frage nach der rechtlichen Natur des sog. Safevertrags, auch Kassenschrankfachgeschäft genannt.

Kurz gezeichnet hat das Geschäft regelmässig folgenden Inhalt: Bankgeschäfte räumen ihren Kunden Stahlkammern, bezw. -Schränke (Safes, Tresors) ein, in deren Fächer Wertpapiere und Kostbarkeiten zum Zwecke des sicheren Verwahrtseins eingelegt werden können. Im einzelnen ist die Einrichtung sehr verschieden Oft besteht sie nur in einem einfachen Raum, in dem Kassenschränke mit Fächern aufgestellt sind, oft findet sich ein vollständig stahlausgepanzertes Gewölbe, mit welchem die darin befindlichen Schränke fest verbunden sind. Der Kunde erhält ein mit zwei verschiedenen Schlössern versehenes Fach und den Schlüssel zu einem der Verschlüsse; den zweiten behält die Bank, so dass kein

Teil ohne den anderen das Fach öffnen kann. Die Tätigkeit der Bank beschränkt sich aber dem einzelnen Kunden gegenüber auf die blosse Mithilfe bei Oeffnung und Wiederverschliessung des Faches, die in die Zwischenzeit fallenden Vornahmen des Kunden (Einlage von Gegenständen z. B.) sind ihrer Kenntnis entzogen. Im übrigen ist der Umfang der beiderseitigen Rechte und Pflichten stets durch einen schriftlichen Vertrag geregelt, den die Banken meist Mietvertrag nennen und dessen Fassung auch erkennen lässt, dass das Geschäft von den Parteien als solcher gedacht wird.

Dieses einen Nebenzweig fast aller grösseren Bankinstitute bildende Geschäft hat zweifelsohne grosse Aehnlichkeit mit dem Verwahrungs-, wie mit dem Mietvertrage; eine Aehnlichkeit, die so bedeutend ist, dass das Geschäft in der Literatur bald direkt als Verwahrungsvertrag, bald als Miete bezeichnet wird. Auch wird die Ansicht vertreten, dass es eine Kombination beider Verträge darstelle.

Verwahrungsvertrag nehmen vor allem an Staub Exkurs zu § 424, Düringer-Hachenburg S. 495, Hancke D. J. Z. 1900 S. 389, Cosack Handelsrecht § 100 XI. Staub erblickt das Wesen des Geschäfts als einer Verwahrung im Sinne der §§ 688 ff. B. G. B. gerade darin, dass die Pflicht des Bankiers nicht in der Zurverfügungstellung des Faches allein, sondern auch in dessen Bewachung und in der Fernhaltung Unberufener, etwa durch Legitimationsprüfung, besteht. Aehnlich Cosack. Nach ihm ist die Bewachungspflicht des Bankiers sogar so streng, dass dieser, falls das Fach durch einen Unfall zerstört wird, die Rettung des Depots versuchen und dasselbe

ausserhalb des Faches aufbewahren muss. Verwahrungsvertrag halten endlich noch gegeben Dernburg S. 594 IV (Verw. v. mit bes. Eigentümlichkeiten), Jäger Anm. 9 zu § 43.

Diesen Autoren kann nicht zugestimmt werden. Verwahrer ist, wer eine ihm übergebene bewegliche Sache aufbewahrt. Der Auffassung des Geschäfts als eines Verwahrungsvertrages steht nun zunächst schon der Umstand entgegen, dass die in das Fach einzulegenden Gegenstände dem Bankier oder seinen Gehilfen nicht übergeben werden. Und es liegt auch kein die Uebergabe gemäss § 854 Abs. 2 B. G. B. ersetzendes Verhältnis vor, wie dies Cohn im Archiv f. b. R. Bd. 30 S. 248 Anm. 36 und etwas zweifelnd auch Wilutzky, D. J. Z. 1900 S. 294, 95 als denkbar erklären, denn der Bankier erlangt trotz seines Mitverschlusses nicht die Möglichkeit, die Gewalt über Fach und Inhalt auszuüben. Dies betont mit Recht Oertmann Vorbem. 6 vor § 535: Der Bankier ist nicht Besitzer der eingelegten Sachen, weil zwar er dem Kunden, nicht aber Letzterer ihm zur Mitwirkung bei Oeffnung (und Verschluss) des Faches verpflichtet ist. Hauptsächlich spricht jedoch gegen die Annahme eines Verwahrungsvertrags die Tatsache, dass der Bankier keinerlei Obhut über den Fachinhalt übernimmt. So besonders Cohn a. a. O. S. 246 ff. Der Bankier will sich hiezu nicht verpflichten, er kann es aber auch gar nicht, denn er weiss ja nicht einmal, ob sich jeweils Gegenstände in dem Fach befinden, noch viel weniger welcher Art sie sind. Und wenn Staub und Cosack, beide a. a. O., eine Bewachungspflicht des Bankiers am Fache annehmen, so ist, falls dies richtig wäre, doch ihre hieraus ge-

zogene Schlussfolgerung auf das Vorliegen eines Verwahrungsvertrages unzutreffend. Denn die Bewachungspflicht am Fache ist nicht identisch mit der dem Verwahrungsvertrag typischen custodia, die sich nur auf den Gegenstand der Verwahrung, d. i. den Fachinhalt, beziehen könnte. Es ist aber nicht einmal zuzugeben, dass der Bankier dem Kunden gegenüber überhaupt eine Pflicht, das Fach zu überwachen, übernimmt. Diese Pflicht könnte nur den Sinn haben, Unberufene oder eine dem Fach drohende Gefahr abzuwehren. Beides wird einfacher durch die Bewachung der Stahlkammer als solcher in gleich sicherem Masse erzielt. Endlich betont Cohn a. a. O. mit Recht, dass auch der Zweck des Geschäfts — Sicherung der eingelegten Gegenstände — keinen Schluss auf das Vorliegen eines Verwahrungsvertrags zulässt, da der Kunde auch ohne die Obhutspflicht des Bankiers diesen Zweck infolge der Beschaffenheit des ihm zur Verfügung stehenden Raums (diebes- und feuersicheres Fach!) erreicht.

Ist hienach der Safevertrag nicht Verwahrung, so bleibt für seine Konstruktion nur Miete oder eine besondere Verbindung von Miete und Verwahrung über. Ersteres nehmen an Oertmann a. a.O., Cohn a. a. O. S. 245, Heinrici bei Gruchot 44. Jahrg. S. 820 ff., Marcus bei Holdheim 14. Jahrg. S. 251, Planck Erl. 2 zu § 535, Staudinger Erl. zu § 581. Diese Auffassung wird dem Wesen des Vertrages am meisten gerecht: Hingabe eines Raums zur Benutzung auf Zeit gegen Entgelt sind — wie Heinrici a. a. O. bemerkt — die wesentlichen Kennzeichen des Vertrags, zugleich die Kennzeichen der Miete. Und das Gebrauchsrecht des Kunden am vermieteten

Facn erleidet keine den Mietscharakter des Geschäfts zerstörende Beeinträchtigung dadurch, dass das Fach im Mitverschluss des Bankiers steht und der Kunde durch die vereinbarten Bedingungen bei Ausübung des Gebrauchs an die Geschäftsstunden der Bank gebunden ist. All dies ist bei der Miete zulässig. So auch Cohn a. a. O., Wilutzky a. a. O. Marcus a. a. O. beruft sich besonders auf die von den einzelnen Banken für die Benützung ihrer Einrichtung herausgegebenen Bestimmungen, welche fast durchwegs auf das Vorliegen eines Mietvertrags hinweisen. Endlich führt Cohn a. a. O. S. 247 zutreffend aus, dass die Pflicht des Bankiers zur Bewachung der Stahlkammer durchaus mit dem Charakter des Vertrags als eines Mietvertrags vereinbar ist. Sie stellt sich zwanglos als eine Verbindlichkeit des Vermieters im Sinne des § 536 B. G. B. dar.

Die Konstruktion Wilutzkys a. a. O. und Bondis im sächs. Archiv f. b. R. und Prozess Bd. 13 S. 12, wonach eine Kombination von Miete und Verwahrung vorliege, erweist sich nach Vorstehendem als unrichtig. Denn der zur Annahme eines Verwahrungsvertrags notwendige Bestandteil der custodia am Fachinhalt fehlt, wie oben gezeigt wurde, vollständig. Es ist daher für die Annahme einer aus Verwahrung und Miete bestehenden Kombination kein Platz. *)

*) Ueber die ebenfalls sehr verschieden beantwortete Frage, wie die Zwangsvollstreckung in die Safes zu erfolgen habe, vgl. insbesondere Cohn a. a. O., Pricken bei Holdheim 16. Jahrg, Nr. 11 (mit Judikaturangaben).

3. Auftrag und Dienstvertrag.

Grosse Aehnlichkeit hat der Verwahrungsvertrag auch mit dem Auftrag und dem Dienstvertrag. Denn, da Gegenstand des Auftrags die Besorgung eines Geschäfts jeder Art, Gegenstand des Dienstvertrags Leistung von Diensten jeder Art ist, kann die Geschäftsbesorgung, die Dienstleistung auch darin bestehen, dass von dem Verpflichteten eine bewegliche Sache verwahrt werden soll. Die Entscheidung der Frage, ob Verwahrungsvertrag oder einer der genannten Verträge vorliegt, kann im Einzelfalle sehr schwierig, wenn nicht beinahe unmöglich sein.

Bei der Unterscheidung des Verwahrungsvertrags vom Auftrage liefert ein Merkmal die Frage nach der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit des Geschäfts. Steht fest, dass die Verwahrung einer Sache entgeltlich erfolgen soll, so kann das Geschäft nicht Auftrag sein, denn diesem ist Unentgeltlichkeit wesentlich. Andererseits aber ist der Verwahrungsvertrag auch als unentgeltlicher Vertrag möglich, weshalb die unentgeltlich übernommene Verwahrung immer noch Gegenstand beider Vertragsarten sein kann. Diesfalls liefert die Bestimmung des Umfangs der jeweils vorzunehmenden Leistung ein — freilich nicht immer zuverlässiges — Kriterium. Man wird daran festhalten dürfen, dass die auf Grund eines Verwahrungsvertrags übernommene Verwahrungspflicht minder weitgehend ist als die Verwahrungspflicht, die sich als Geschäftsbesorgung aus einem Auftrag ergibt. Letztere wird immer und notwendig ein bestimmtes Mass positiver Tätigkeit mit sich bringen, erstere erfordert, wie später zu zeigen sein wird, positives Handeln nur insoweit, als ohne dasselbe der Zweck des

Vertrages, das blosse Bewahrtsein der Sache, nicht erreichbar ist. Wenigstens regelmässig, denn nur unter Umständen wird ein weitergehendes positives Verhalten auf Grund eines Verwahrungsvertrags gefordert werden können. Im selben Sinne wohl auch Oertmann Vorbem. 4 b zu § 662, wenn auch hier die eventuelle Verpflichtung des Verwahrers nach § 688 enger begrenzt ist. Immerhin sind, wie Oertmann a. a. O. sagt, „die Grenzen beider Verträge im einzelnen Falle flüssig und es hindert nichts, unter Umständen ein Mischgeschäft anzunehmen, auf das die dafür passenden Sätze des einen wie des anderen Titels anzuwenden sind".

Eben die Schwierigkeit, im einzelnen Falle zwischen Verwahrung und Auftrag zu unterscheiden, hat dazu geführt, dass von manchen erstere nicht als selbständiger Vertrag, sondern blos als eine — und zwar beschränktere — Unterart des Auftrags angesehen wird, so von Schneider S. 50. Diese Auffassung spielte auch bei den Vorarbeiten zum B. G. B. eine Rolle. Die Motive S. 569 sagen darüber, dass die Frage wegen ihrer im wesentlichen nur theoretischen Bedeutung der Wissenschaft angehöre und bestimmend für die Unterbringung des Verwahrungsvertrags in einen besonderen Titel war die Erwägung, dass selbst bei der Auffassung des Vertrags als Unterart des Mandats eine nicht geringe Anzahl von speziellen Vorschriften notwendig gewesen wäre, die im Interesse der praktischen Anwendung und Verständlichkeit des Gesetzes besser in einen eigenen Titel zusammengefasst würden. Kann dieser mehr äusserliche und redaktionelle Grund auch nicht für die theoretische Scheidung beider Verträge geltend

gemacht werden, so wird doch auch in der Wissenschaft dem Verwahrungsvertrag eine selbständige Stellung innerhalb der Vertragsarten und unabhängig vom Auftrag zuzubilligen sein.

Auch bei der Unterscheidung des Verwahrungsvertrages vom Dienstvertrage spielt die Frage nach der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit eine Rolle: Unentgeltliche Verwahrung kann niemals Dienstvertrag sein, da dieser wesentlich entgeltlich ist. Wohl aber kann sich als Gegenstand auch eines Dienstvertrags die Pflicht, eine Sache gegen Entgelt zu verwahren, ergeben. Auch die Selbständigkeit des Verwahrungsvertrags gegenüber dem Dienstvertrag ist bestritten. Lotmar S. 285/6 und ff. vertritt die Auffassung, dass ein Vertrag auf entgeltliche Verwahrung unter den Dienstvertrag falle. Dasselbe führt Fontaine S. 62 ff. aus, der dies damit begründet, dass dem entgeltlichen Verwahrungsvertrag und dem auf Verwahrung gerichteten Dienstvertrag der gleiche Tatbestand zu Grunde liege und auch die Pflichten beider Teile in beiden Verträgen im wesentlichen die gleichen seien. Allein auch hier gilt das nämliche wie bei der Abgrenzung von Verwahrungsvertrag und Auftrag. Der Tatbestand beider Verträge ist regelmässig nur insoweit gleich, als der Endzweck des Vertrages hier wie dort in dem Verwahrtsein der Sache liegt. Der aus einem Dienstvertrag zur Verwahrung einer Sache Verpflichtete hat aber in der Regel mehr zu leisten als der Verwahrer der §§ 688 ff. B. G. B.

4. Sequestration und Hinterlegung.

Endlich sind noch zwei Rechtsgebiete zu erwähnen, in denen beiden die Verpflichtung zur Auf-

bewahrung einer Sache enthalten ist. Es sind dies die Sequestration und die Hinterlegung zum Zwecke der Schuldnerbefreiung.

Sequestration liegt vor, wenn Mehrere eine Sache bei einem Dritten mit der Vereinbarung hinterlegen, dass die Sache je nach künftigen Eventualitäten dem Einen oder Anderen herausgegeben werden soll. Für das gemeine Recht sieht die herrschende Lehre in der Sequestration beweglicher Sachen eine Unterart des depositum; *) wird ein Immobile einem Sequester anvertraut, oder soll der Sequester einer beweglichen Sache zu mehr verpflichtet sein, als das depositum verlangt, insbesondere zur Verwaltung, so liegt Mandat oder — bei Entgeltlichkeit — Dienstmiete vor. Das B. G. B. enthält einen Fall der Sequestration in § 1231. Auch hier ist der Fall als solcher nur erwähnt, die Sequestration selbst nicht näher geregelt. Da, wie Crome, part. R. Gesch. § 62 mit Recht bemerkt, der Zweck der Sequestration, welcher ausser Verwahrung auch darin besteht, dass den Beteiligten die Verfügung über den Gegenstand entrückt sein soll, nichts am Charakter des Vertrags ändert, so wird man die Sequestration beweglicher Sachen als eine Abart des Verwahrungsvertrages halten dürfen, auf welche die Bestimmungen des B. G. B. über den Verwahrungsvertrag mit den sich aus dem Zweck der Sequestration und den dabei getroffenen Nebenabreden ergebenden Modifikationen Anwendung finden, Planck Vorbem. vor § 688 VI, ebenso auch Oertmann Vorbem. 7 vor § 688. Die Sequestration von Immobilien ist Dienstvertrag oder Auftrag.

*) Vgl. Muther, Sequestr. u. Arrest im röm. Recht. 1856 S. 36.

Ausserordentlich bestritten ist für das heutige Recht die Rechtsnatur der Hinterlegung zum Zwecke der Schuldnerbefreiung, geregelt in den §§ 372 ff. des B. G. B. Und zwar dreht sich der Streit um zwei Punkte: einmal darüber, ob durch die Hinterlegung überhaupt ein Vertrag zwischen Hinterleger und Hinterlegungsstelle geschaffen werde oder ob es sich um ein dem öffentlichen Recht angehöriges Rechtsverhältnis handle, und sodann besteht Streit über die Natur des Vertrages seitens derer, die einen solchen für gegeben erachten. Endemann § 143 und § 185 Anm. 6 entscheidet für das Vorliegen eines öffentlichrechtlichen Verhältnisses mit der Begründung, dass die Hinterlegung der §§ 372 ff. nicht als Selbstzweck Verwahrung habe und sich dadurch vom Verwahrungsvertrage unterscheide. Wogegen Oertmann Vorbem. 5 vor § 372 mit Recht bemerkt, dass diese Darlegung höchstens gegen den Verwahrungsvertrag, nicht aber auch gegen das Vorliegen eines Vertrags überhaupt beweise. Auch Kopf S. 38, 39, 43 teilt die Auffassung Endemanns, indem er einmal auf den Kontrahierungszwang der Behörde, sodann auf das dem Staate bei der Hinterlegung fehlende private Interesse und schliesslich damit zusammenhängend darauf hinweist, dass der Staat hier lediglich eine ihm bezüglich der Rechtspflege obliegende Verpflichtung erfülle. Auch Neumann Vorbem. vor § 372 I 1 und Liebe S. 294 entscheiden für ein öffentlichrechtliches Verhältnis. Die Mehrzahl der Schriftsteller nimmt einen Vertrag mit privatrechtlichen Wirkungen an. Mit Recht; der Kontrahierungszwang findet sich auch bei anderen Geschäften, deren rein privatrechtlicher Charakter nicht zu bestreiten

ist; dass die Regelung des Verhältnisses im B. G. B. erfolgte, beweist zwar — wie Kopf S. 16, 17 ausführt — nicht unbedingt für die Natur der Hinterlegung als privatrechtlichen Verhältnisses, lässt aber wohl, insbesondere da tatsächlich privatrechtliche Ansprüche aus dem Verhältnisse entspringen, die Vermutung begründet erscheinen, dass das B. G. B. das Geschäft als privatrechtlichen Vertrag regeln wollte.

Von den Schriftstellern, die in der Hinterlegung einen Vertrag sehen, entscheiden sich die meisten für einen Verwahrungsvertrag. So Planck Vorbem. VI vor § 688, Engelmann S. 273, Dernburg § 322, Enneccerus-Lehmann § 212 III (Vertrag zu Gunsten eines Dritten) und wohl auch Staub Anmerk. 29, 30 zu § 373. Beer dagegen, S. 53 bis 55, weist darauf hin, dass der Vertragszweck der Hinterlegung weder hauptsächlich noch ausschliesslich in der Aufbewahrung besteht, sondern in erster Linie in der Bestimmung der hinterlegten Sache zur Herausgabe an den Gläubiger zu sehen ist. Er nimmt einen besonders gearteten Vertrag an und nennt ihn „Hinterlegungsvertrag". Die gleiche Bezeichnung wählt auch Oertmann Vorbem. 5 vor § 372. Dem ist zuzustimmen. Tatsächlich tritt die einen Bestandteil des Vertrags bildende Aufbewahrung der hinterlegten Sache vor dem obengenannten Zweck und mehr noch vor dem weiteren, nämlich der Befreiung des Schuldners von dem Leistungsgegenstande, zurück. Grosse Bedeutung hat die Frage übrigens nicht, da das Verhältnis in allen seinen wesentlichen Teilen genau geregelt und der Parteiwillkür daher eine enge Schranke gezogen ist.

II. Teil.

Die einzelnen Bestimmungen des B. G. B. über den regelmäßigen Verwahrungsvertrag im Besondern.

Erster Abschnitt.

Beginn und Begründung des Vertrags.

Der Verwahrungsvertrag ist, wie gezeigt, Realkontrakt im alten wie im neuen Recht: Nicht schon mit der Einigung, sondern erst mit der Uebergabe beginnen die zwei den wesentlichen Vertragsinhalt bildenden Verpflichtungen der Aufbewahrung und der demnächstigen Rückgabe. Im übrigen genügen die beiden Akte der Einigung und Uebergabe zur Vertragsbegründung. Dass der Hinterleger Eigentümer der zu übergebenden Sache sei, ist nicht nötig. Einer Form bedarf der Verwahrungsvertrag nicht. Wenn es im geschäftlichen Verkehre häufig üblich ist, dass der Vertrag schriftlich — insbesondere durch Unterzeichnung allgemeiner Bedingungen — geschlossen wird oder der Hinterleger einen Hinterlegungsschein erhält, so hat dies lediglich Bedeutung als Beweis des Abschlusses und Inhaltes des Vertrags, Planck Anmerk. 2 zu § 688.

Die Wirkungen der Uebergabe in Bezug auf die dingliche Seite des Geschäfts sind für das gemeine

Recht und für das Recht des B. G. B. verschieden. Die Uebergabe machte den Depositar des gemeinen Rechts zum blossen Detentor, der die Sache mit dem animus rem alieno nomine possidendi und zwar für den Deponenten als juristischen Besitzer inne hatte; ihm fehlte daher der selbständige Besitzschutz und gegen Besitzstörung war er nur insoweit geschützt, als er Hilfe vom Deponenten selbst erlangte. Schutzlos war er also immer dann, wenn der Deponent selbst den Besitz störte. Heute erlangt der Verwahrer durch die Uebergabe der Sache im Sinne des § 854 B. G. B. den unmittelbaren Besitz; der Hinterleger verliert ihn und wird mittelbarer Besitzer, § 868 B. G. B. Als unmittelbarer Besitzer erfreut sich der Verwahrer auch des vollen Besitzschutzes, wie ihn die §§ 858 bis 862 B. G. B. gewähren, vgl. Fischer-Henle Anm. 4 zu § 688 *). Dem Hinterleger als mittelbaren Besitzer steht ausserdem § 869 zur Seite.

Zweiter Abschnitt.

Die Verpflichtungen des Verwahrers.

1. Die Aufbewahrungspflicht und damit Zusammenhängendes.

Die erste dem Vertrage seinen Charakter verleihende Pflicht des Verwahrers besteht in der Aufbewahrung der Sache.

*) Kuhlenbeck, von den Pand. z. B. G. B. § 33 hält den Verwahrer unter Beziehung auf § 868 B. G. B. „Allen mit Ausnahme des Hinterlegers gegenüber“ zum Besitze berechtigt und verpflichtet. Diese auf Missverständnis der Worte „einem Anderen gegenüber“ im § 868 beruhende Darstellung ist nicht richtig. Der „Andere“ ist ja gerade der Hinterleger.

Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, heisst es in l. 1 pr. D. 16,3. Damit ist eine Definition des depositum für das römische und gemeine Recht gegeben und es frägt sich nun, was der Inhalt dieses custodiendum sei. Nach Windscheid S. 560 erfüllt der Depositar die ihm obliegende Verpflichtung, indem er seinen Raum zu dem Ende gewährt, dass die ihm in Verwahrung gegebene Sache in demselben bewahrt sei. In nichts sonst besteht seine Pflicht: Er übernimmt also keine Verpflichtung zur Bewahrung der Sache, zu einer besonderen Bewahrungstätigkeit. Mit der Unterbringung der Sache in seinem Raum hat er seiner Verpflichtung genüge getan. Das kann nicht richtig sein. Schon das Wort „custodire" weist darauf hin, das doch sicherlich mehr bedeutet, als ein blosses Raumgewähren. Bedenkt man aber noch, dass jede bewegliche Sache zur Deponierung geeignet ist, somit also auch Tiere, so ergibt sich die Unrichtigkeit dieser Auffassung von selbst: die Sache muss doch seinerzeit dem Deponenten unversehrt, erhalten, zurückgewährt werden; hat aber der Verwahrer nichts anderes zu leisten als den Raum, so wird das Tier verhungern und kann nicht unversehrt zurückgegeben werden. Zur Raumgewährung muss also noch ein anderes Moment ergänzend hinzutreten und dies ist die eigentliche custodia selbst. So Dernburg Pand. S. 248, nach welchem darunter die Uebernahme gewöhnlicher Obhut, der zur Verwirklichung des Vertragszweckes notwendigen, aber auch ausreichenden Tätigkeit zu verstehen ist.

Ebenso heute. Der Verwahrer muss zur Erfüllung seiner Hauptverbindlichkeit einen in seinem

unmittelbaren Besitz befindlichen Raum zur Verfügung stellen, besser gesagt, die Sache in einem solchen Raum unterbringen und ausserdem die Obhut über diese Sache übernehmen. Darüber besteht kein Streit mehr. Es ist auch selbstverständlich: denn wenn § 688 B. G. B. von der Pflicht des Verwahrers spricht, die Sache aufzubewahren, so besagt dies — ebenso wie das custodire —, dass blosse Raumgewährung nicht ausreichend ist. Hier muss auf den Sprachgebrauch zurückgegangen werden und es kann dies umso leichter geschehen, als gerade die Rücksicht auf ihn den Gesetzgeber bewog, aus dem „Hinterlegungsvertrag" der Entwürfe den „Verwahrungsvertrag" zu machen. (K. B. S. 1981.)

Der Begriff des „Aufbewahrens", soweit es mehr erfordert als die blosse Raumgewährung, wird nun von den verschiedenen Schriftstellern verschieden aufgefasst. Ziemlich eng nimmt ihn Oertmann Vorbem. 6 a und b vor § 688, Erl. 1 zu § 688, Vorbem. 4 b vor § 662. Darnach erfordert die Verpflichtung zur Aufbewahrung keine positive Bewahrungstätigkeit, aber Beobachtung eines allgemeinen sowohl positiven wie negativen Verhaltens, das tunlichst der Bewahrung der Sache dient. Der Verwahrer verspricht nach ihm keine besondere Handlung, insbesondere etwa Verwahrungstätigkeit, sondern nur „die gewöhnliche, ohne Verschulden nicht versäumbare Obhut"; nur nebensächlich kann aus dem Verwahrungsvertrag positives Handeln verlangt werden, sofern es der Verwahrungszweck erheischt. So Oertmann a. a. O. Weitergehend definiert schon Schollmeyer S. 132, nach dem die Aufbewahrungspflicht eine positive Tätigkeit verlangt, darauf gerichtet, die

Sache unversehrt zu erhalten. Aehnlich Fischer-Henle Anm. 4 zu § 688 und Lotmar a. a. O. Am weitesten geht wohl Endemann § 185, der als Hauptpflicht des Verwahrers sorgfältige Aufbewahrung und Bewachung bezeichnet und ein Garantieversprechen in der Form von Zusagen z. B. für feuer- und diebessichere Obhut mit der Rechtsnatur des Verwahrungsvertrags vereinbar hält.

Aus diesen Versuchen ist zu ersehen, dass eine auch nur annähernd genaue Abgrenzung dessen, was die Verwahrungspflicht im Einzelfalle erheischt, nicht möglich ist. Es ist aber auch kaum möglich, eine allgemein zutreffende Definition des Aufbewahrens festzustellen. Wenn daher Crome, part. R. Gesch. S. 456 klagt, dass man seit langem über den Begriff des custodire streite, obwohl nicht zweifelhaft sein sollte, was darunter zu verstehen ist, so kann man ihm darin nicht recht geben: auch seine Darstellung, dass Verwahren eine Tätigkeit sei, welche je nach den Umständen verschiedene Massnahmen des Verpflichteten veranlassen könne und für deren zweckentsprechende Anwendung letzterer aus dem Verwahrungsvertrag hafte, wird die Debatte nicht zum Stillstand bringen. Sie besagt nicht mehr, als alle anderen Definitionen des Verwahrungsbegriffes.

In der Tat lassen sich, wie Crome a. a. O. dann mit Recht bemerkt, diese verschiedenen Massnahmen im voraus, also auch schon bei Abschluss des Vertrags, regelmässig nicht bestimmen und es kann daher im voraus der Inhalt der Verwahrungspflicht höchstens im allgemeinen, nicht als ein bestimmtes Tun, sondern nur als eine Tätigkeit nach bestimmter Richtung hin festgestellt werden. Dies erscheint aber

als durchaus genügend. Denn geht man davon aus, dass zunächst der Verwahrer die hinterlegte Sache in seinem Raum unterbringen muss, so bleibt, wenn das geschehen ist, nur die Sorge übrig, dem Hinterleger die Sache seinerzeit in unversehrtem Zustande zurückgeben zu können. Um dieser Sorge willen muss die Obhut eintreten. Hiemit ist aber die Richtung gegeben, nach welcher unter Umständen eine Tätigkeit des Verwahrers notwendig werden kann.

Ob nun eine positive Tätigkeit, welcher Art und in welchem Masse sie erforderlich wird, ist ganz nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen. Die Bestimmung des § 242 B. G. B. greift hier in weitestem Masse Platz. Was nach Treu und Glauben dem Verwahrer im Hinblick auf seine Verwahrungspflicht zugemutet werden kann, das hat er zu leisten. Hiebei ist die Verkehrssitte zu berücksichtigen, aber auch Eigenschaften der betreffenden Sache, der Person des Hinterlegers und des Verwahrers, des Aufbewahrungsortes können in Betracht kommen, vgl. auch Oertmann Erl. 1 zu § 688. Und nur die einzige Beschränkung wird man zulassen müssen, dass positive Tätigkeit jeder Art nur insoweit verlangt werden kann, als es unter den besonderen Umständen zur Erfüllung der Obhutspflicht erforderlich erscheint. Aehnlich Crome a. a. O. Denn eine darüber hinausgehende Tätigkeit würde dem Vertrage einen anderen Inhalt geben, es sei denn, dass es sich um blosse Nebenleistungen, insbesondere einzelne Verwaltungshandlungen dreht.

Ohne also eine Definition des Verwahrungsbegriffes geben zu wollen, wird man das oben Gesagte folgendermassen zusammenfassen dürfen: Die Auf-

bewahrung einer Sache auf Grund eines Verwahrungsvertrags stellte sich nicht als ein einheitlicher, durch eine bestimmte, gerade ihm eigentümliche Tätigkeit eng begrenzter Akt dar, sondern als ein rein zweckdienliches Verhalten, das lediglich dahin hinausläuft, die Sache im Interesse des Hinterlegers so zu erhalten, dass sie ihm seinerzeit in der Beschaffenheit zurückgegeben werden kann, in welcher sie ihm übergeben wurde. Auch der Sprachgebrauch versteht nichts anderes unter dem Worte „aufbewahren" und ähnlichen Wörtern gleicher Bedeutung. Nur was die einzelne Aufbewahrung, nicht was die Aufbewahrung im allgemeinen erfordert, kann genau festgestellt werden. Zu eng also scheint m. E. Oertmann zu definieren, wenn er „positive Bewahrungstätigkeit" als nicht in der Verwahrungspflicht gelegen bezeichnet. Denn es lassen sich Fälle denken, in welchen eine solche wohl verlangt werden kann. Schon die Pflege und Fütterung eines zu verwahrenden Tieres wird hierunter zu rechnen sein; wer ferner ein Tier aus dem Raume, in welchem es sicher verwahrt ist, für kurze Zeit in den Garten bringt, wird, wenn er es nicht festhält, doch aufpassen müssen, dass es nicht entlaufe; ja er wird sogar, wenn dies doch geschieht, trachten müssen, es wieder einzufangen. Aber auch bei leblosen Sachen, die nicht von selbst ihre Stelle im Raume ändern können, wird man, insbesondere wenn sie von grossem Werte sind, sich unter Umständen nicht damit begnügen dürfen, dass man sie in einen zur Verwahrung geeigneten Raum bringt, sondern es wird auch wohl verlangt werden können, dass man von Zeit zu Zeit Nachschau halte, ob sie nicht etwa rechtswidrig entfernt wurden. Freilich braucht,

wie Oertmann mit Recht hervorhebt, wer einen Wagen in seiner Remise aufbewahrt, nicht selbst anwesend zu sein oder einen Wächter aufzustellen. Daraus ergibt sich, dass Endemann § 185 zu weit geht, wenn er als Hauptpflicht des Verwahrers sorgfältige Aufbewahrung und Bewachung versteht.*) Denn letzteres setzt begrifflich eine ununterbrochen andauernde Beaufsichtigung voraus. Dies ist dem Verwahrungsvertrage fremd; der Verwahrer muss die Sache in seinem Raume unterbringen und sie in seiner Obhut behalten Hiebei können Bewahrungshandlungen — sei es zur Erhaltung der Sache selbst, sei es zu ihrer Festhaltung im Raume — notwendig werden. Ebenso gut aber kann es sein, dass der Verwahrer seine Verpflichtung zur Obhut erfüllen kann, ohne positiv tätig zu werden. Ob das eine oder andere zutrifft, muss sich aus dem einzelnen Falle ergeben. So auch Planck Anm. 3 zu § 688.

Eben die Pflicht, bei der Leistung der custodia u. U. positiv handelnd einzugreifen, gibt den Anhaltspunkt zur Beantwortung der Frage, wie es steht, wenn der aufbewahrten Sache eine Gefahr droht. Hier können zwei Fälle unterschieden werden: einmal, dass nur der hinterlegten Sache eine Gefahr droht und dann, dass von dieser Gefahr auch eigene Sachen des Verwahrers mitergriffen werden. Dass ersteren Falls

*) Zu weitgehend ferner versteht Liebe S. 250 Anm. 17 unter Aufbewahrung unter Umst. auch die Pflicht, Vorkehrung zu treffen, um Dritte gegen eine von der Sache drohende Gefahr zu schützen. (Aufbew. eines bissigen Hundes). Dass für jeden, der ein Tier gleichgültig aus welchem Grunde im Besitze hat, diese Pflicht besteht, ist selbstverständlich; sie aber aus dem Verw.-Vertr. zu folgern ist nicht angängig, auch wenn man dabei das Interesse berücksichtigt, das der Hinterleger u. Umst. daran hat, dass das Tier niemandem Schaden zufüge.

der Verwahrer versuchen muss, die Sache zu retten, — eine reine Bewahrungspflicht — ergibt sich aus dem bereits Gesagten. Natürlich besteht diese Pflicht nur insoweit, als die Rettung ihm nicht Gefahr für Leben und Gesundheit bringt. Schwieriger zu entscheiden ist die Frage, ob der Verwahrer bei gemeinsamer Gefahr für die eigene und hinterlegte Sache diese vor jener retten müsse oder nicht. Für das gemeine Recht besteht darüber Streit. Nach Holzschuher S. 606 stehen manche Rechtslehrer (so Thibaut) auf dem Standpunkt, dass der Depositar wie jeder Kontrahent, der fremde Sachen, „worauf er Fleiss zu verwenden hat", besitzt, unbedingt die fremden den eigenen vorziehen müsse. Andere behaupten eine solche Pflicht dann, wenn die Nichtrettung der fremden Sache culpa lata begründen würde und geben Anhaltspunkte zur Untersuchung dieser Verschuldensfrage; sie gehen dabei meist von dem Werte der fremden Sache oder dem Wertverhältnisse der fremden zu den eigenen aus. Das B. G. B. enthält über den Fall keine Bestimmung; die Motive S. 475 überweisen auch diese gemeinrechtliche Streitfrage der Rechtsprechung und der Wissenschaft, sprechen sich aber zugleich dahin aus, dass die Entscheidung, wonach stets die eigene Sache ohne Haftung für die deponierte gerettet werden dürfe, wegen der darin liegenden Abschwächung der Verwahrungspflicht bedenklich sei. Dementsprechend entscheiden die meisten Schriftsteller dahingehend, dass die Umstände des einzelnen Falles in Betracht gezogen werden müssen. Bendix S. 457 hält den Wert der hinterlegten Sache für massgebend; Oertmann Erl. 2c zu § 603 will insbesondere, wenn auch nicht ausschliesslich, Ge-

wicht auf das Wertverhältnis der betreffenden Gegenstände, die Verhältnismässigkeit der entgegenstehenden Interessen gelegt sehen. Das Entscheidende ist, wie er mit Recht ausführt, die Frage, ob dem Verwahrer aus der Begünstigung der eigenen Sache ein Vorwurf gemacht werden könne oder nicht. Die verschiedensten Punkte sind hiebei in Berücksichtigung zu ziehen, so z. B. der, ob der Verwahrer wusste, er werde nur die eine oder andere Sache retten können, oder ob er an die Möglichkeit, beide Sachen nacheinander retten zu können, glaubte. Ersteren Falls wird man ihm nicht zumuten können, sich durch Preisgabe der eigenen Sache zu schädigen. Letzteren Falls wird man verlangen dürfen, dass er zunächst die Rettung der fremden Sache versuche. Scherer S. 968 will die Grundsätze der lex Rhodia de iactu, wonach — im Seerecht — der durch Aufopferung einer Sache zwecks Rettung anderer entstandene Schaden verhältnismässig verteilt wird, auch auf den vorliegenden Fall angewendet wissen. Dagegen Kipp-Windscheid S. 707, der zutreffend ausführt, dass die (gemeinrechtliche) Ausdehnung dieser Bestimmungen auf andere Verhältnisse (Mietvertrag etc.) sich für das B. G. B. wegen der damit verbundenen Schwierigkeiten nicht mehr halten lasse. Ebenso Staudinger Vorbem. 4 zum 12. Titel und schon für das gemeine Recht Dernburg Pand. S. 317 Anm. 13.

Dass Nebenleistungen, soweit sie den Vertragszweck, die Aufbewahrung, nicht beseitigen oder ändern, übernommen werden können, ist bereits gezeigt worden. Immer aber müssen derartige Nebenleistungen besonders und zwar ausdrücklich mitübernommen werden. Eine stillschweigende Ueber-

nahme, wie sie Planck Erl. 3 b zu § 688 zulässt, dürfte im Rahmen eines von Hause aus lediglich auf Verwahrung gerichteten Vertrages zu weitgehend erscheinen, wird aber auch in der Praxis kaum vorkommen, da gerade in den Fällen, für welche Planck die Vermutung stillschweigender Uebernahme aufstellt (gewerbsmässige Verwahrung), solche Vertragsbedingungen stets schriftlich niedergelegt zu werden pflegen.

Der Verwahrer darf die Sache nicht gebrauchen. Weder nach gemeinem Recht, noch nach B. G. B., das eine diesbezügliche Bestimmung wegen ihrer Selbstverständlichkeit nicht aufgenommen hat. Uebrigens ergibt sich das Gebrauchsverbot unter Umständen aus dem § 692 B. G. B., so Matthiass S. 615 und folgt jedenfalls aus dem § 242 B. G. B. Nach Treu und Glauben ist dem Verwahrer kein Gebrauchsrecht zuzubilligen. Manchmal würde ein solches geradezu dem Vertragszwecke entgegen laufen. Immerhin geht Planck Erl. 3 c zu § 688 zu weit, der sogar die Vereinbarung eines Gebrauchsrechts innerhalb des Rahmens des Verwahrungsvertrages für unmöglich hält und in diesem Falle einen selbständigen Nebenvertrag, wenn nicht gar Leihe annimmt. Hiegegen Oertmann Vorbem. 4 vor § 688. Mit Recht, denn die Aufbewahrung muss nicht der ausschliessliche, es genügt, wenn sie der wesentliche, hauptsächliche Zweck des Geschäftes ist. Keine Gebrauchsausübung im eigentlichen Sinne aber ist es, wenn der Verwahrer ein Reitpferd, damit es nicht steif werde, ab und zu ausreitet, einen Jagdhund, damit er für die Jagd brauchbar bleibe, mit auf die Jagd nimmt. Zu solchen Massnahmen ist er nicht nur berechtigt, sondern sogar

verpflichtet und sie stellen sich als Ausfluss der dem Verwahrer obliegenden Verwahrungstätigkeit oder auch als Vornahme einzelner Verwaltungsmassregeln dar.

Eine Sondervorschrift gibt § 698 B. G. B. Er bestimmt, dass der Verwahrer, wenn er Geld für sich verwendet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen hat. Durch den dem Verwahrer nicht gestatteten Verbrauch hinterlegten Geldes kann dem Hinterleger ein Schaden entstehen. Diesen zu ersetzen ist der Verwahrer schon nach allgemeinen Grundsätzen verpflichtet. Voraussetzung für das Durchdringen des dem Hinterleger zustehenden Schadensersatzanspruches ist aber dann, dass es dem Hinterleger gelingt, den Beweis für den eingetretenen Schaden zu liefern. Damit nun sein Anspruch nicht an der oftmals gegebenen Unmöglichkeit, diesen Beweis zu erbringen, scheitere, bestimmt der § 698, dass ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Verwahrers, ohne Rücksicht selbst darauf, ob wirklich ein Schaden entstanden ist, verwendetes Geld verzinst werden muss. So auch Planck Erl. zu § 668, Staudinger Erl. zu § 698. Dabei ist es ganz gleichgültig, wie der Verwahrer das Geld verwendet hat. Der Zinsfuss beträgt allgemein 4 %, § 246 B. G. B. und, wenn die Voraussetzungen des § 352 H. G. B. gegeben sind, 5 %. Kann der Hinterleger nachweisen, dass ihm durch das schuldhafte Verhalten des Verwahrers ein höherer Schaden entstanden ist, so kann er natürlich nach allgemeinen Regeln Ersatz für diesen verlangen.

2. Die Haftung des Verwahrers.

Anders als im gemeinen Recht ist im B. G. B. die Haftung des Verwahrers geregelt. Einmal musste das B. G. B. Stellung nehmen zu dem im gemeinen Recht unbekannten Fall des entgeltlichen depositum, sodann hat es aber auch die Haftung des nicht entlohnten Verwahrers einer Aenderung unterzogen. Was zunächst die entgeltliche Verwahrung anlangt, so hat das Gesetz eine Sondervorschrift nicht aufgenommen. Es bleibt daher bei der allgemeinen Bestimmung des § 276, wonach der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit und zwar jede Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner im voraus nicht erlassen werden, wohl aber die wegen Fahrlässigkeit.

Das gemeine Recht kannte nur die unentgeltliche Verwahrung: der Depositar musste für dolus und culpa lata einstehen. Anders das B. G. B. Hier bestimmt § 690, dass der nichtentlohnte Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen habe, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Diese Vorschrift war im ersten Entwurf des Gesetzes nicht enthalten und somit ein Unterschied bezüglich der Haftung zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Verwahrung nicht gezogen. Die Protokolle lassen ersehen, dass man aber in der zweiten Kommission der Ansicht war, aus Billigkeitsrücksichten bei der unentgeltlichen Verwahrung die Haftungsbeschränkung auf die diligentia quam in suis einführen zu müssen. Aus dieser Erwägung heraus ist der § 690 auch zu interpretieren: er soll da, wo der Verwahrer vom Geschäft keinen Vorteil hat, das strenge Prinzip der Haftung für die gewöhnliche, im Verkehre erforderliche Sorg-

falt mindern; dies ist ausgedrückt durch das Wörtchen „nur“. Der Verwahrer hat also nicht schlechthin für dasjenige Mass Sorgfalt einzutreten, welches er in eigenen Angelegenheiten anwendet, sondern nur dann, wenn dieses Mass von Sorgfalt hinter dem Normalmass der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zurückbleibt. Uebt er dagegen in eigenen Angelegenheiten mehr Sorgfalt, als der Verkehr es erfordert, so braucht er für dieses Mass nicht einzustehen. So Oertmann Bemerk. zu § 277, Fischer-Henle Anmerk. 1 zu § 277. Niemals aber ist der Verwahrer von der Haftung für grobe Fahrlässigkeit befreit, auch dann also nicht, wenn er selbst in seinen eigenen Angelegenheiten ein Mass von Sorgfalt betätigt, das so gering ist, dass es eine besonders schwere Ausseracht lassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt darstellt — § 277 B. G. B. *)

Dass diese Haftung nur dann eintritt, wenn es sich um Verwahrung auf Grund eines Verwahrungsvertrages handelt, ist selbstverständlich. Wird also z. B. eine Sache auf Grund eines Auftrages aufbewahrt, so tritt trotz der hier stets vorhandenen Unentgeltlichkeit des Geschäftes die strengere Haftung nach den Regeln des Auftrags (§ 276 B. G. B.) ein.

Die Haftung des § 690 greift aber auch nur dann Platz, wenn die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen ist. Der unentgeltlichen Verwahrung stellt das B. G. B. die Verwahrung gegen Vergütung entgegen. Daraus folgt, dass die Verwahrung stets dann und nur dann unentgeltlich übernommen ist, wenn keine Vergütung irgendwelcher Art für die

*) Betreffs der Beweislast s. unter S. 105.

Aufbewahrung als solche geleistet wird. Den Tatbestand einer Schenkung kann die unentgeltliche Verwahrung erfüllen, sie muss es aber nicht. Insbesondere nicht mehr nach dem Schenkungsbegriff des B. G. B., *) das stets gegenüber der Bereicherung des Beschenkten eine Vermögensminderung des Zuwendenden verlangt. Zuweitgehend dürfte das Beispiel bei Neumann Anm. 3 zu § 690 sein. Hienach verwahrt der Restaurateur, der für seine Garderobe keine besondere Vergütung nimmt, dennoch nicht unentgeltlich. Die Vergütung liege in den für die allgemeinen Geschäftsunkosten auf den Preis der Speisen und Getränke gemachten Aufschlag. Dass die Vergütung für die Aufbewahrung der Garderobe in solcher Form vorkommen kann, unterliegt keinem Zweifel, dass dies aber im allgemeinen der Fall sei, kann nicht unterstellt werden, zumal insbesondere in grösseren Etablissements häufig die Garderobe gar nicht auf Rechnung des Wirtes geht, sondern von einem selbständigen Unternehmer geführt wird, der oft noch dem Wirte für die Gestattung des Betriebs zahlen muss.

3. Die Verpflichtung des Verwahrers bezüglich der Art und Weise der Aufbewahrung.

Praktisch sehr wichtig sind die Vorschriften über die Art und Weise der Aufbewahrung. Dass dieselbe in vereinbarter und üblicher Weise zu geschehen hat — nach altem wie neuem Recht — ist selbstver-

*) Näher kommt nach gemeinem Recht der Schenkungsbegriff der unentgeltlichen Verwahrung, insofern als es hier genügt, wenn nur die gemachte Zuwendung den Nehmer bereichert, Windscheid § 365.

ständlich; nach Dernburg Pand. S. 249 konnten besondere Gründe die Aenderung der Verwahrungsweise rechtfertigen.

Auch nach dem B. G. B. ergibt sich die Regel, dass der Verwahrer die vereinbarte Art der Aufbewahrung strenge innezuhalten hat. Demzufolge binden ihn die bei Vertragsschluss übenommenern Anweisungen des Hinterlegers unbedingt mit Ausnahme des Falles, dass er gemäss § 692 Satz 1 von diesen Anweisungen abweichen darf. Dieses Gebundensein an die vereinbarte Art der Aufbewahrung ist aber auch zu Gunsten des Verwahrers: denn einseitig erteilte Anordnungen des Hinterlegers, sei es mangels einer getroffenen Vereinbarung, sei es aber auch gegen dieselbe, muss der Verwahrer nicht befolgen. Dies steht im Gegensatze zu der sonst gleichen Regelung beim Auftrag. Man wird zwar nicht behaupten können, dass der Beauftragte schlechthin und unterschiedslos den nachträglich erteilten Weisungen seines Auftraggebers nachkommen müsste; dem Auftraggeber steht aber doch eine gewisse allgemeine Direktionsbefugnis zu und mit Rücksicht auf diese wird der Beauftragte regelmässig dann verpflichtet sein, solchen Anweisungen nachzukommen, wenn sie ihn nicht ungebührend belasten. So Oertmann Erl. 1 zu § 665. Anders aber liegen die Verhältnisse beim Verwahunrgsvertrage. Die Motive S. 576 sprechen hier direkt aus, dass der Hinterleger nicht berechtigt sei, nachträglich beliebige Anweisungen über die Art der Aufbewahrung zu erteilen, und dass daher dem Verwahrer die Befolgung solcher Anordnungen nicht zugemutet werden könne. Wenn trotzdem Oertmann Erl. zu § 692 den Verwahrer hiezu

unter der Voraussetzung für verpflichtet hält, dass die erteilten Anweisungen ihn nicht unbillig belasten, so kann ihm nicht zugestimmt werden. Hätte das Gesetz dies — entsprechend dem Auftrage — statuieren wollen, so hätte es sicherlich nicht in so bestimmter Weise gerade die „vereinbarte" Art der Aufbewahrung hervorgehoben. Dazu kommt aber auch, dass der Hinterleger durch die Versagung einseitiger Anordnungsbefugnis nicht eigentlich benachteiligt ist. Denn er kann ja sein Interesse jederzeit dadurch wahren, dass er von seinem unbegrenzten Rückforderungsrecht Gebrauch macht. So auch Goldmann-Lilienthal S. 715, Fischer-Henle Anm. 1, 2 zu § 692, Neumann Bemerk. 2 zu § 692, Planck Erl. 1 zu § 692.

Von der vereinbarten Art der Aufbewahrung nun abzuweichen, ist der Verwahrer dann berechtigt, wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass der Hinterleger bei Kenntnis der Sachlage die Aenderung billigen würde. Die Tragweite dieses Satzes ist dadurch abgeschwächt, dass die sofortige Abweichung durch den Verwahrer auf den Fall der Gefahr im Verzuge beschränkt ist. Kann die Aufbewahrung ohne Gefahr aufgeschoben werden, so hat dies vom Verwahrer zu geschehen und es ist die Entschliessung des Hinterlegers erst einzuholen — § 692 B. G. B. Ausschlaggebend also ist hier das Interesse des Hinterlegers; es gehört zur Erfüllung der Leistung nach Treu und Glauben, dass der Verwahrer möglichst dieses Interesse wahrt. Freilich, weiss der Verwahrer, dass der Hinterleger die von ihm bisher geübte Art der Aufbewahrung unter allen Umständen eingehalten wissen will, oder hat sich der Hinterleger beim Vertragsschluss eine bestimmte Art der

Aufbewahrung mit dem ausdrücklichen Verbot, davon abzuweichen, ausbedungen, so wird der Verwahrer daran festsalten müssen, auch wenn es zum Schaden des Hinterlegers gereicht. Denn der Verwahrer braucht auf das Interesse des Hinterlegers nicht mehr Rücksicht zu nehmen, als dies von letzterem selbst geschieht. Für die spätere Beurteilung der Frage, ob der Verwahrer zur Aenderung befugt war, gibt der § 692 einen objektiven Masstab: nicht darauf hat es anzukommen, ob der Verwahrer annahm, der Hinterleger würde bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen, sondern darauf, ob er dies annehmen durfte. Unter „Abweichung" von der vereinbarten Art der Aufbewahrung wird man nicht den Fall zu verstehen haben, dass der Verwahrer die ihm dargebotene Möglichkeit besserer Aufbewahrung als vereinbart war, ergreift, z. B. wenn er Kostbarkeiten statt in einem einfachen in einem mit besonderen Sicherheitsvorrichtungen versehenen Behältnis aufbewahrt. Zu einer solchen lediglich dem Interesse des Hinterlegers dienenden Massregel ist er ohne weiteres befugt. So auch Oertmann Erl. 2 zu § 665. Planck Erl. 2 zu § 665 spricht auch hier von einer „Abweichung", die statthaft ist, es müsste denn sein, dass Abweichungsbefugnis durch den Vertrag ausdrücklich ausgeschlossen wurde. Ist der Verwahrer zur Abweichung berechtigt, so hat er, ausser im Falle der Gefahr, unverzüglich dem Hinterleger von der beabsichtigten Aenderung Kenntnis zu geben und dessen Entscheidung abzuwarten. Eine Verpflichtung, im Falle sofortiger Aenderung bei Gefahr im Verzug die Anzeige noch nachträglich zu erstatten, besteht für den Ver-

wahrer — anders wie beim Auftrag — nicht. Anderer Ansicht Oertmann Erl. 4a zu § 665. Musste der Verwahrer aber Anzeige an den Hinterleger erstatten, so ist er bei schuldhafter Unterlassung derselben schadensersatzpflichtig nach § 276 bezw. § 690 B. G. B. Wie lange die Entschliessung des Verwahrers abgewartet werden muss, ist im B. G. B. nicht bestimmt; Oertmann nimmt beim Auftrag, Bemerk. 4 zu § 665 entsprechende Anwendung des § 147 B. G. B. an. Dem dürfte in der Tat nichts entgegenstehen, wie auch Oertmann darin zuzustimmen ist, dass für den Regelfall Schweigen des Hinterlegers innerhalb der Frist als Einwilligung aufzufassen ist.

Die Beweislast, dass der Verwahrer bei Prüfung der Abweichungsberechtigung mit der erforderlichen Sorgfalt verfahren ist, liegt ihm ob.

Regelt der § 692 nur die Voraussetzungen, unter welchen der Verwahrer zur Aenderung der veeinbarten Aufbewahrungsart b e r e c h t i g t ist, so ist unter Umständen auch eine diesbezügliche P f l i c h t des Verwahrers anzunehmen. Sie folgt aus der Verpflichtung des Verwahrers zur Obhut. Der leitende Gesichtspunkt ist auch hier wieder der Grundsatz von Treu und Glauben und die Rücksicht auf das Interesse des Hinterlegers. Planck Anm. 3 zu § 692 nimmt die Abweichungspflicht dann an, wenn die vereinbarte Art der Aufbewahrung unmöglich wird oder das Interesse des Hinterlegers die Aenderung erfordert und der Verwahrer dies erkennen muss. Nicht soweit geht Oertmann Bemerk. 3 zu § 665, der aus § 665 selbst auf dem Wege der Analogie diese Pflicht dann ableitet, wenn der Verwahrer bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung geradezu anordnen würde, und

hieran noch die Voraussetzung knüpft, dass durch die Abweichung dem Verwahrer keine Mehrbelastung erwachsen dürfe. Die Ansicht Plancks ist zu weitgehend; es muss bedenklich erscheinen, schlechtweg in den von Planck aufgeführten Fällen ohne Rücksicht auch auf das Interesse des Verwahrers diesem eine solche Verpflichtung aufzuerlegen, zumal da diesfalls die zu Gunsten des Verwahrers getroffene Vorschrift des § 696 unter Umständen für ihn sehr an Wert verlieren würde. Soll z. B. der Verwahrer, welcher eine Sache auf bestimmte Zeit zur Aufbewahrung in bestimmten Räumlichkeiten übernommen hat, verpflichtet sein, bei Aufgabe dieser die Sache in anderen ihm zustehenden Räumen unterzubringen? Kann dies nicht vielmehr nach § 696 als ein wichtiger Grund, der ihn berechtigt, die Rücknahme der Sache zu verlangen, in Betracht kommen? Daher verdient die Oertmann'sche Ansicht den Vorzug und zwar auch dann, wenn man die Verpflichtung nicht in erster Linie aus dem § 692 folgert, sondern — als positive Bewahrungstätigkeit — aus der custodia, dem Begriff des Aufbewahrens.

Weicht der Verwahrer von der vereinbarten Art der Aufbewahrung ab, ohne hiezu berechtigt zu sein, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nach Massgabe der §§ 276 bezw. 690 B. G. B. verantwortlich. Auch kann der Hinterleger nach allgemeinen Grundsätzen die so bewirkte Leistung als nicht vertragsentsprechend zurückweisen, es müsste denn die Abweichung so geringfügig sein, dass die Zurückweisung wider Treu und Glauben verstossen würde. Erbietet sich aber der Verwahrer zur Ausgleichung des etwa entstandenen Schadens, so ist der Hinter-

leger nicht berechtigt, die an sich vertragswidrige Leistung zurückzuweisen. Dies würde noch mehr wie in dem vorerwähnten Falle einen Verstoss wider Treu und Glauben bedeuten. Denn dort ist von vorneherein das Interesse des Hinterlegers, wenn auch in noch so geringfügiger Weise verletzt, hier aber infolge der Ausgleichungsbereitwilligkeit des Verwahrers nicht. Auch der Anwendung der §§ 325, 326 B. G. B. bei einem entgeltlichen Verwahrungsvertrage steht begrifflich nichts im Wege, jedoch werden solche Fälle in der Praxis kaum vorkommen. Vgl. auch Oertmann Erl. 5 zu § 665, Planck Erl. zu § 665 und Urteil des R. G. Bd. 57 S. 392.

4. Die Verpflichtungen des Verwahrers bei Zuziehung von Substituten und Gehilfen im Speziellen.

a) Bei der Substitution.

Die Frage, ob der Depositar sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten eines Substituten bedienen dürfe, wird von Dernburg Pand. S. 249 Anm. 10 für die Regel verneint; die Motive S. 574 bejahen die Frage für das gemeine Recht in der Regel. Das B. G. B. hat die Frage im ersteren Sinne entschieden und die Motive a. a. O. begründen dies damit, dass der Verwahrungsvertrag regelmässig auf einem dem Verwahrer geschenkten besonderen Vertrauen beruhe. So spricht denn § 691 B. G. B. aus, dass es dem Verwahrer im Zweifel nicht gestattet sei, die Sache bei einem Dritten zu hinterlegen. Damit ist vom Gesetze eine Auslegungsregel im Sinne des § 133 B. G. B. gegeben: zunächst ist auf den Parteiwillen zurückzugreifen; durch ihn kann ausdrücklich oder still-

schweigend die Berechtigung zur Substitution festgelegt sein. Aber auch in Fällen, in denen die Substitution an sich nicht gestattet ist, kann sich unter Umständen für den Verwahrer das Recht hiezu ergeben, so z. B. wenn ihn Krankheit an der Erfüllung seiner Obliegenheiten hindert. Das ist schon aus dem allgemein gehaltenen § 692 B. G. B. zu folgern, wie sich überhaupt der § 691 als spezieller Unterfall jenes Paragraphen ansehen lässt. Hieraus ergibt sich, dass da, wo von vorneherein eine Substitutionsbefugnis fehlt, der Verwahrer, wenn er sich zur Substitution berechtigt glaubt, vorher dem Hinterleger Anzeige zu erstatten und dessen Entschliessung abzuwarten hat. Dies kann er nur dann unterlassen, wenn mit dem Aufschub der geplanten Massregel Gefahr verbunden wäre. Eine wesentliche Aenderung der Umstände kann sogar nach Massgabe des zu § 692 Gesagten dem Verwahrer die Vornahme der Substitution zur Pflicht machen.

Die Haftung des Verwahrers für den Substituten ist verschieden, je nachdem er befugter- oder unbefugtermassen beigezogen war. Hiebei ist aber zu berücksichtigen, dass die Zuziehung eines Substituten nur dann unbefugt ist, wenn sie entweder durch den Vertrag direkt ausgeschlossen ist oder doch kein Fall vorliegt, in dem sie nach oben Ausgeführtem berechtigt erscheint.

Hat der Verwahrer befugtermassen bei einem Dritten hinterlegt, so haftet er nur für ein ihm bei dieser Hinterlegung zur Last fallendes Verschulden. Diese Haftung ist nicht gleichbedeutend mit der Haftung für die sogenannte culpa in eligendo, sondern wesentlich weiter. Somit hat der Verwahrer seine

Verpflichtung nicht schon erfüllt, wenn er die Auswahl des Substituten mit der erforderlichen Sorgfalt betätigt hat, sondern er hat bei dem ganzen Akt der Substitution so zu verfahren, dass hieraus kein auf sein Verschulden zurückführbarer Schaden entstehe. Was hiezu gehört, muss auch hier wieder aus den besonderen Umständen des Falles beurteilt werden: Unterlassung einer ausreichenden Mitteilung über die erfolgte Substitution an den Hinterleger (Oertmann Anm. 2 zu § 664), nicht genügende oder unrichtige Information des Substituten (Staudinger Erl. 2 b zu § 664, Schollmeyer S. 133) können hier in Betracht kommen. Weiter aber geht seine Haftung nicht. Er haftet also nicht für das Verschulden des Substituten als solches,*) auch nicht einmal für die culpa in custodiendo, Oertmann a. a. O. Er haftet auch nicht — wie Fischer-Henle Anm. 4 zu § 691 im Anschluss an die Motive annimmt — für ein Verschulden, welches darin besteht, dass er Mitteilung an den Hinterleger unterlässt, wenn der Dritte nach der vollzogenen Substitution zahlungsunfähig wird. Denn diese Unterlassung begründet nicht ein ihm b e i der Hinterlegung zur Last fallendes Verschulden. Auch die Ansicht von Matthiass § 126, wonach der Verwahrer auch für Nachlässigkeit in der Ueberwachung des Substituten hafte, ist zuweitgehend, da die Stellung des befugt zugezogenen Substituten eine durchaus selbständige ist. Aehnlich Oertmann Erl. 2 a zu § 664. Freilich aber kann durch Parteivereinbarung ohne weiteres diese Haftung, eventuell auch Haftung für irgendwelche

*) § 278 B. G. B. ist nicht anwendbar; der Substitut ist keine Person, „deren sich der Schuldner bei Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient".

andere vertragsmässige Tätigkeit des Verwahrers nach bewerkstelligter Substitution begründet werden. So auch Planck Erl. 1 c zu § 664.

Selbstverständlich ist, dass für die Frage, ob den Verwahrer bei der Substitution ein Verschulden trifft, die §§ 276, 690 B. G. B. massgebend sind.

Hat der Verwahrer unbefugter Weise bei einem Dritten hinterlegt, so hat er nicht nur für einen durch dessen Verschulden, sondern für jeden — auch zufällig — durch die unbefugte Substitution entstandenen Schaden aufzukommen, es sei denn, dass ihm § 690 zur Seite steht. Im Gegensatz zum gemeinen Rechte, wo auch hier der Verwahrer nur dolus und culpa lata zu prästieren hatte, ist also heute die Haftung wesentlich verschärft. Das B. G. B. vertritt die Auffassung, dass die unbefugte Substitution als kontraktwidrige Pflichtverletzung regelmässig zum Eintreten für jeden Schaden verbindet, von dem feststeht, dass er im Falle der unterbliebenen Substitution nicht entstanden wäre. Die Beweislast für den eingetretenen Schaden obliegt dem Hinterleger. Der Verwahrer kann sich höchstens durch den Nachweis befreien, dass für ihn die Voraussetzung des § 690 zutrifft und er bei Bewerkstelligung der Substitution ein nicht geringeres Mass von Sorgfalt als er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, beobachtet hat — oder, dass der Schaden auch ohne die Substitution eingetreten wäre. Wie bei einer Zuwiderhandlung gegen § 692 B. G. B., so braucht auch im Falle unbefugter Substitution der Hinterleger die so vollzogene Verwahrung nicht als Erfüllung gelten lassen. Dies zufolge des Grundsatzes von Treu und Glauben nur dann nicht, wenn der unbefugt ein-

gesetzte Substitut die Verwahrung in einer dem Interesse des Hinterlegers vollauf gerechtwerdenden Weise betätigt hat oder wenn der Verwahrer bereit ist, den etwa entstandenen Schaden auszugleichen. So Planck Erl. 1 zu § 664, Crome § 276.

Schwierigkeiten macht die Beurteilung des durch die Substitution zwischen Hinterleger und Substitut begründeten Verhältnisses.

Nach Oertmann Erl. 4 zu § 664 entsteht in der Regel weder bei befugter noch natürlich bei unbefugter Substitution ein direktes Rechtsverhältnis zwischen Hinterleger und Substituten. Eine Ausnahme macht nur der Fall, dass nach der Parteivereinbarung der Verwahrer gerade durch die Substitution ein direktes Vertragsverhältnis zwischen Hinterleger und Substituten begründen soll. Dann aber erlischt überhaupt das alte Vertragsverhältnis zwischen Hinterleger und Verwahrer und wird ersetzt durch das neu begründete zwischen Hinterleger und Substitut. Diesfalls wird der Substitut naturgemäss direkt dem Hinterleger gegenüber verpflichtet und berechtigt, in allen anderen Fällen aber bleiben die Rechtsbeziehungen zwischen den ursprünglichen Vertragssubjekten bestehen und der Hinterleger ist bei schuldhafter Verletzung seines Interesses darauf angewiesen, sich vom Verwahrer die diesem gegen den Substituten zustehenden Ansprüche gemäss § 281 B. G. B. abtreten zu lassen. So Oertmann a. a. O., auch Fischer-Henle Anm. 2 zu § 664, Staudinger Anm. 2 zu § 691.

Anders Endemann § 185 Anm. 19. Er teilt das in der zweiten Kommission hervorgehobene Bedenken, dass unter Umständen der befugt Substitu-

ierende dem Hinterleger keine Ersatzansprüche nach § 281 B. G. B. abtreten könne, da er, falls ihm nur kein Verschulden bei der Substitution zur Last falle, von der Haftung frei und somit durch schuldhafte Handlungen des Substituten gar nicht geschädigt sei. So kommt Endemann dazu, auf Grund entsprechender Anwendung des dem Vermieter und Verleiher gegen den vom Mieter bezw. Entleiher in den Gebrauch der Sache gesetzten Dritten zustehenden direkten Rückforderungsrechtes auch dem Hinterleger Rückforderungsrecht und — was hier in Betracht kommt —, Schadensersatzansprüche gegenüber dem Substituten zu gewähren.

Eine dritte Gruppe endlich, der Planck Erl. 1 zu § 691 und zu § 664, Crome § 276, Goldmann-Lilienthal Anm. 11 zu § 691, Anm. 4 zu § 664 angehören, lässt für die Frage nach der Stellung des Substituten gegenüber dem Hinterleger den Vertrag massgebend sein, welchen der Verwahrer mit dem Substituten eingeht. Demgemäss scheiden sie den Fall, dass der Verwahrer ein direktes Vertragsverhältnis zwischen Hinterleger und Substituten begründet, also im Namen des Hinterlegers handelt, und den Fall, dass er im eigenen Namen einen Vertrag mit dem Substituten schliesst. Ob ersteren Falls der Verwahrer als Vertreter des Hinterlegers anzusehen ist, hängt nach Planck davon ab, ob ihm Vollmacht erteilt ist; dies könne angenommen werden, wenn ihm Substitutionsbefugnis erteilt ist. Hat der Substitutionsberechtigte im Namen des Hinterlegers substituiert, so tritt der Substitut in ein direktes Rechtsverhältnis zum Hinterleger und haftet daher diesem direkt. Hat er aber in eigenem Namen mit dem Substituten kontrahiert, so

muss er seine ihm gegen diesen zustehenden Ansprüche dem Hinterleger abtreten. Der unbefugt Substituierende braucht nur dann die Ansprüche gegen den Substituten abtreten, wenn der Hinterleger die Substitution nachträglich genehmigt.

Von den drei hier gegebenen Darstellungen verdient wohl die erste den Vorzug. Sie ist auch die einfachste. Das Gesetz hat nirgends bestimmt, dass die Ansprüche des Verwahrers gegen den Substituten kraft Gesetzes auf den Hinterleger übergehen sollen; für die Regel wird daran festzuhalten sein, dass durch die befugte oder unbefugte Substitution das Vertragsverhältnis zwischen Hinterleger und Verwahrer keine Aenderung erleidet und nur da kann eine Ausnahme gemacht werden, wo die Parteivereinbarung erkennbar dahingeht, dass der Verwahrer gerade ein Vertragsverhältnis zwischen Hinterleger und Substituten im Wege der Substitution vermitteln soll. Ob in diesem Falle noch von eigentlicher Substitution gesprochen werden kann, mag mit Oertmann a. a. O. dahingestellt bleiben. Nicht minder auch die Behauptung Dernburgs S. 421, dass bei befugter Substitution der Verwahrer als Vertreter des Hinterlegers zu gelten habe.

b) Bei der Zuziehung von Gehilfen.

Anschliessend an die Substitution behandelt das Gesetz den Fall, dass der Verwahrer sich bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten eines Gehilfen bedient. Hier will der Verwahrer nicht wie bei der Substitution die Last der übernommenen Verpflichtung von sich auf einen anderen abwälzen, sondern nur die Betätigung eben dieser Verpflichtung sich erleichtern, sei es, dass er bestimmte durch die Ver-

wahrungspflicht sich ergebende Handlungen von anderen vornehmen lässt, sei es, dass er die hinterlegte Sache selbst, ohne sie einem Dritten in Verwahrung zu geben, d. h. also unter Belassung der Sache in seinem Raume, der allgemeinen Beaufsichtigung durch einen Dritten, eben den Gehilfen, unterstellt. Aus der hieraus sich ergebenden beschränkten und unselbständigen Stellung der Gehilfen folgert die im allgemeinen zu bejahende Zulässigkeit der Bestellung eines solchen. Freilich ist auch hier zunächst auf den ausdrücklichen oder mutmasslich zu unterstellenden Parteiwillen zurückzugehen. Ergibt dieser aber keinen Anhaltspunkt, so ist der Verwahrer im Zweifel als zur Gehilfeneinsetzung befugt zu erachten, wenigstens insoweit, als unter Zugrundelegung des § 242 B. G. B. eine solche verkehrsüblich oder zweckmässig ist. So die meisten Schriftsteller, insbesondere Planck Erl. 2 zu § 691. A. A. Staudinger Erl. 3 zu § 691, der den Verwahrer für die Regel zur Zuziehung eines Gehilfen nicht berechtigt hält.

Die Haftung des Verwahrers anlangend sagt der § 691 Satz 3 kurz: „Für das Verschulden eines Gehilfen ist er nach § 278 verantwortlich.“ Es ist also im Gesetz nicht wie bei der Substitution ein Unterschied zwischen befugter und unbefugter Gehilfenzuziehung statuiert. Daraus schliessen manche, dass das Gesetz beide Fälle gleichartig behandeln wollte, während andere den Satz nur auf befugt zugezogene Gehilfen beschränken und entgegengesetzten Falles eine weitergehende Haftung des Verwahrers verlangen.

Hat nun der Verwahrer bei Erfüllung seiner

Verbindlichkeiten sich befugter Weise eines Gehilfen bedient, so haftet er — unbestrittenermassen — nach § 278 B. G. B. für Verschulden des Gehilfen, d. h. er hat dessen Verschulden wie eigenes zu vertreten. Für die entgeltliche Verwahrung macht dies keine Schwierigkeiten. Hier ist Vorsatz und Fahrlässigkeit schlechthin gemäss § 276 B. G. B. zu vertreten. Hat also der Gehilfe vorsätzlich gehandelt oder fahrlässigerweise die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt, so trifft ihn Verschulden und für dieses Verschulden haftet der Verwahrer wie für sein eigenes, als ob er die das Verschulden begründende Handlung oder Unterlassung selbst begangen hätte. Im Falle unentgeltlicher Verwahrung aber entsteht die Frage, ob der Verwahrer für die Sorgfalt, die er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, oder für diejenige, welche der Gehilfe in seinen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, einzustehen habe. Die erstere Ansicht wird wohl von der Mehrzahl der Schriftsteller vertreten, so von Planck Anm. 2 zu § 691, Kuhlenbeck Anm. 3 zu § 691, Staudinger Erl. 3 zu § 691, Crome System § 276, Liebe S. 521 Anm. 20, Endemann § 185 Anm. 14. Dagegen halten die Sorgfalt, die der Gehilfe in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, für massgebend Oertmann Erl. zu § 691, Nr. 4 zu § 278 und dort cit. Man wird der ersteren Lehre zuzustimmen haben, trotz der von Oertmann a. a. O. dagegen erhobenen Bedenken.*) Denn, wenn es heisst, der Verwahrer habe Verschulden des Gehilfen wie eigenes zu ver-

*) Bedenklich hält Oertmann die Schwierigkeiten, welche sich durch die Vergleichsziehung zwischen der Sorgfalt, die der Gehilfe angewandt hat, und der, welcher der Verwahrer anzuwenden pflegt, ergeben.

treten, so muss doch die Verfehlung des Gehilfen, betrachtet als solche des Verwahrers, nach dem Masstabe der Verantwortlichkeit dieses beurteilt werden. Freilich ist zunächst, wie Oertmann sagt, festzustellen, ob den Gehilfen ein Verschulden trifft — die Voraussetzung des § 278 —, allein dazu darf der nur für ein innerhalb eines Verwahrungsvertrages existent gewordenes Verschulden geltende Masstab des § 690 nicht herangezogen werden, da ein Verwahrungsvertrag zwischen Verwahrer und Gehilfen nicht besteht. Ob den Gehilfen Verschulden treffe, ist vielmehr aus dem speziellen zwischen ihm und dem Verwahrer bestehenden Rechtsverhältnis, eventuell nach allgemeinen Grundsätzen festzustellen. Hat sich so ein Verschulden des Gehilfen ergeben, so frägt es sich nur noch, ob dieses Verschulden, übertragen auf den Verwahrer, im Rahmen des unentgeltlichen Verwahrungsvertrages ein vertretbares darstellt und hiefür ist nun der § 690 massgebend. Der Verwahrer hat also nur für das Mass von Sorgfalt seiner Gehilfen einzustehen, das er selbst verwenden muss.

Bestritten ist auch, wie der Verwahrer für Verschulden seines Gehilfen hafte, wenn dieser unbefugterweise zugezogen wurde. Da § 691 Satz 3 unterschiedslos von der Gehilfenzuziehung spricht, ist die Meinung mehrfach verbreitet, dass auch in der Haftung kein Unterschied zwischen befugter und unbefugter Gehilfenzuziehung bestehe. So Kuhlenbeck Nr. 1 zu § 664, Neumann Anm. 3 zu § 664. Dagegen nimmt mit Recht die Mehrzahl der Schriftsteller an, dass letzterenfalls der Verwahrer ebenso haften müsse, wie bei der unbefugten Substitution. Hienach

hat er also für jeden aus dieser unbefugten Gehilfenzuziehung entstehenden — auch zufälligen — Schaden einzustehen, es sei denn, dass der Schaden sich auch ohne die Zuziehung ereignet hätte. So Oertmann Erl. 3 zu § 664, Planck Anm. 2 zu § 691, Staudinger Anm. 3 zu § 691, Crome System zu § 276. Der Grund liegt darin, dass nicht anders wie die unbefugte Substitution auch die unbefugte Gehilfenzuziehung eine Vertragsverletzung darstellt, die zum Schadensersatz ganz allgemein verpflichtet. Auch hier findet naturgemäss § 690 B. G. B. Anwendung.

Zwischen Hinterleger und Gehilfen entsteht kein Vertragsverhältnis; möglich ist, dass subsidiär zwischen beiden das Rechtsverhältnis der Geschäftsführung eintritt, dann nämlich, wenn zwischen Gehilfen und Verwahrer kein gültiges Rechtsverhältnis zustande gekommen ist.

5. Die Rückgabepflicht des Verwahrers.

Die letzte dem Verwahrer obliegende Pflicht bildet die Rückgabe der hinterlegten Sache. Hierüber ist im vierten Abschnitt zu sprechen.

Dritter Abschnitt.

Die Verpflichtungen des Hinterlegers.

Der Verwahrungsvertrag als unvollkommen zweiseitiger Vertrag – abstrakt betrachtet — erzeugt nicht nur wesentlich Verpflichtungen des Verwahrers, sondern möglicherweise auch solche des Hinterlegers gegenüber jenem. Diese Verpflichtungen sind Ersatz von Aufwendungen des Verwahrers, Haftung für

Schaden, den der Verwahrer erlitten hat, Zahlung der Vergütung. Hiezu kommt noch die Verpflichtung des Hinterlegers zur Zurücknahme der zur Rückgabe rite angebotenen Sache.

1. Die Verpflichtung zum Ersatz von Aufwendungen.

Das gemeine Recht gewährte dem Verwahrer einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen nur dann, wenn diese notwendig oder auf spezielle Anweisung des Hinterlegers gemacht waren und nur für Aufwendungen auf die hinterlegte Sache selbst, Dernburg Pand. S. 251, auch Windscheid Pand. S. 565.

Das B. G. B. geht weiter. Sein § 693 bestimmt: Macht der Verwahrer zum Zwecke der Aufbewahrung Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Hinterleger zum Ersatze verpflichtet.

Hienach müssen also die Aufwendungen nicht mehr auf die Sache selbst gemacht sein, sondern auch andere Aufwendungen fallen unter die Ersatzpflicht. Der Begriff der Aufwendung ist im Gesetze nicht definiert; man wird hierunter mit Oertmann Bem. 2 zu § 670 alle Opfer an Vermögenswerten, nicht nur Geldaufwendungen, sondern auch Preisgabe von Sachen und Rechten, wie auch Eingehung von Verbindlichkeiten Dritten gegenüber zu verstehen haben. Keine Aufwendung in diesem Sinne aber ist die Arbeitsleistung des Verwahrers, d. h. der Inbegriff der etwa zur Erfüllung der Verwahrungspflicht notwendig werdenden positiven Handlungen. Denn einerseits würde die Erstattungspflicht derartiger Aufwendungen den unentgeltlich abgeschlossenen Verwahrungsvertrag

zum entgeltlichen machen, andererseits ist eine solche Arbeitsleistung, bezw. die Verwendung von Arbeitskraft als Inhalt der Verwahrungspflicht, vom Verwahrer nötigenfalls ohne weiteres vorzunehmen. Sie bildet einen wenn auch im voraus nicht feststellbaren Teil der custodia.

Die Aufwendungen müssen, soll der Verwahrer ein Recht auf Ersatz haben, zum Zwecke der Aufbewahrung gemacht sein. Somit können also nicht alle Aufwendungen schlechthin ersetzt verlangt werden, die gemacht wurden, weil verwahrt wird, und die vielleicht nicht gemacht worden wären, wenn keine Aufbewahrung stattgefunden hätte, sondern nur solche, die in der Absicht gemacht wurden, die Erfüllung der Verwahrungspflicht möglichst zu sichern: Aufwendungen also, die darauf abzielen, „die Sache unversehrt zu erhalten" und „vor dem Abhandenkommen zu behüten" (Goldmann-Lilienthal S. 716). Meist werden diese Aufwendungen die Folge der Vornahme von Handlungen sein, die sich, wie oben gezeigt, als unter den gegebenen Umständen notwendig aus der Verwahrungspflicht ergaben. Sie können im übrigen verschiedener Art sein; hierher gehören z. B. Fütterungskosten für Tiere, Reparaturkosten, Auslagen für Bewahrung der Sache vor Gefahr u. dgl. mehr.

Weitere Voraussetzung aber für den Anspruch des Verwahrers auf gemachte Aufwendungen dieser Art ist stets, dass der Verwahrer dieselben den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Das B. G. B. hat also einen subjektiven Masstab zugrunde gelegt: es kommt nicht darauf an, ob die gemachten Aufwendungen wirklich notwendig oder doch objektiv

angemessen (Oertmann Erl. 1 zu § 670) oder nützlich waren, noch darauf, ob der Verwahrer sie für erforderlich hielt, sondern lediglich darauf, ob er bei gewissenhafter Prüfung der sie veranlassenden Umstände von ihrer Notwendigkeit — nicht Zweckmässigkeit — überzeugt sein durfte. Letzteren Falles aber ist sein Anspruch begründet, auch wenn die Aufwendungen hinterher sich als objektiv unnötig oder unnützlich erweisen.

Dem Wortlaut des § 693 B. G. B. zufolge können solche Aufwendungen, welche den dort aufgestellten und oben erörterten Voraussetzungen genügen, schlechthin ersetzt verlangt werden. Allein dem Sinne nach muss eine Einschränkung gemacht werden. Soll der Verwahrer ohne weiteres auch ein Recht auf Ersatz solcher Aufwendungen haben, die er machen muss, um die Aufbewahrung überhaupt bewerkstelligen zu können, oder von Aufwendungen, welche erst eine zweckentsprechende sichere Verwahrung gewährleisten? An sich können auf Grund des § 693 B. G. B. auch derartige Aufwendungen, falls sie nur vom Verwahrer für erforderlich gehalten werden durften, ersetzt verlangt werden. Allein dies würde ohne Zweifel zu einer grossen Unbilligkeit gegenüber dem Hinterleger führen. Denn sicherlich darf derjenige, welcher z. B. einem Verwahrungsgeschäfte gewerbsmässig Betreibenden eine Sache zur Aufbewahrung übergibt, regelmässig voraussetzen, dass dieser die hiezu nötigen Vorrichtungen bereits besitzen oder doch auf seine Kosten anschaffen werde. Wenigstens soweit es sich bei der Hinterlegung um Sachen handelt, auf die sich die gewerbsmässige Verwahrungstätigkeit des Depositars regelmässig bezieht.

Die Verpflichtung des Verwahrers, solche Vorrichtungen auf eigene Kosten zu gewähren, muss desfalls, wenn sie nicht ausdrücklich aus der Parteivereinbarung hervorgeht, als stillschweigend übernommen angesehen werden. Ob ein solcher Fall vorliegt, ist jeweils nach den besonderen Umständen zu entscheiden, Planck Anm. 3 zu § 693, Staudinger Erl. zu § 693. Auch wenn z. B. die Verwahrung nicht gerade gewerbsmässig, aber doch entgeltlich geschicht, kann eine derartige Verpflichtung leicht zu unterstellen sein. Andererseits wird man nicht soweit gehen dürfen wie Matthiass S. 616, nach welchem Ersatz für Aufwand, der zur regelmässigen Verwahrung unerlässlich, gewöhnlich und üblich ist, ausgeschlossen erscheint. Auch müssen nicht stets, wie Endemann S. 1164 behauptet, die allgemeinen Verwahrungskosten als in der Vergütung steckend vom Ersatze ausgenommen erscheinen, Verwaltungskosten werden sogar, entgegen Endemann, als regelmässig nicht in der Vergütung enthalten anzusehen sein.

Dass Ersatz nur für wirklich gemachte Aufwendungen verlangt werden kann, nicht für solche, die hätten gemacht werden dürfen, aber vom Verwahrer erspart worden sind (Planck a. a. O.), ist selbstverständlich und geht überdies klar aus der Fassung des § 693 hervor. Ob der Verwahrer verpflichtet sein kann, derartige Aufwendungen zu machen, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen. Eine solche Pflicht schlechtweg zu leugnen, wie dies Fischer-Henle Anm. 3 zu § 693 tut, ist zuweitgehend. Denn wenn, wie oben gezeigt wurde, die Verwahrungspflicht unter Umständen auch positives Handeln verlangt, dann nämlich, wenn es zur

Bewahrung bezw. Erhaltung der Sache notwendig ist, wird man davon solche Handlungen nicht ausnehmen dürfen, die ohne Aufwendungen nicht vorzunehmen sind. Die Pflicht zur Vornahme derartiger Aufwendungen aber auszuschliessen, würde gleichbedeutend sein mit dem Ausschluss der Verpflichtung zur Vornahme solcher Handlungen selbst. Auch aus der eventuellen Verpflichtung des Verwahrers, die vereinbarte Art der Aufbewahrung zu ändern, kann sich die Pflicht zur Vornahme von Aufwendungen ergeben. Dies ist da der Fall, wo die Abweichung nicht getroffen werden kann, ohne dass der Verwahrer Aufwendungen macht.

Die Art und Weise des Ersatzes von Aufwendungen richtet sich nach den §§ 256, 257 B. G. B. Hienach ist bei Geldaufwendungen der Betrag selbst, bei Aufwendungen anderer Gegenstände der als Wertersatz zu zahlende Betrag von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen; besteht die Aufwendung in der Eingehung einer Verbindlichkeit, so kann der Verwahrer Befreiung von derselben verlangen. Bei noch nicht fälligen Verbindlichkeiten kann ihm der Ersatzpflichtige Sicherheit leisten.

Der Anspruch des Verwahrers auf Ersatz von Aufwendungen ist durch das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 B. G. B. im besonderen geschützt. Auch Aufrechnung ist an sich möglich. Dem Depositar des gemeinen Rechts waren diese Befugnisse versagt, Windscheid S. 505, Holzschuher S. 607 Nr. 15.

Möglich ist, dass der Verwahrer Aufwendungen, die er auf Grund des § 693 nicht ersetzt verlangen kann, nach den Regeln der Geschäftsführung ohne

Auftrag oder der ungerechtfertigten Bereicherung geltend zu machen imstande ist.

2. Die Haftung des Hinterlegers für Schaden.

Die Frage der Haftung des Deponenten für Schaden, der dem Depositar durch die hinterlegte Sache entstand, ist gemeinrechtlich bestritten. Unger in Iherings Jahrb. Bd. 33 S. 321 ff. und Mommsen Erört. II S. 8 ff. wollen auch den nicht schuldhaften Deponenten für solchen Schaden haften lassen, sei es, dass er die Gefahr nicht erkennen konnte, sei es, dass er sie nicht erkennen musste. Hiegegen mit der herrschenden Meinung Windscheid S. 565 Anm. 16 und noch entschiedener Dernburg Pand. S. 250 Anm. 24 aus Billigkeitsgründen; nach ihnen haftet nur der schuldhafte Deponent. Die aufgeworfene Frage hat in den Entwürfen des B. G. B. bezüglich der Beweislast eine Rolle gespielt. In beiden Entwürfen sind die Voraussetzungen der Haftung mit Ausnahme einer in den Entwurf 2 aufgenommenen Ergänzung gleichheitlich geregelt, verschieden ist nur die Beweislast verteilt. Während nämlich Entwurf 1 die Beweislast dem Verwahrer aufbürdete, hat Entwurf 2 § 634, der heutige § 694 B. G. B., in der Hauptsache den entgegengesetzten Weg eingeschlagen.

Nach § 694 B. G. B. hat der Hinterleger dem Verwahrer den durch die Beschaffenheit der Sache entstehenden Schaden zu ersetzen, es sei denn, dass er die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache bei der Hinterlegung weder kennt noch kennen muss oder dass er sie dem Verwahrer angezeigt oder dieser sie ohne Anzeige gekannt hat. Das B. G. B. hat somit den gemeinrechtlichen Grundsatz der Haftung nur

bei Verschulden prinzipiell übernommen, die Beweislast aber aus Billigkeitsrücksichten vom Verwahrer auf den Hinterleger verschoben. Denn wenn der Verwahrer bewiesen hat, (— was ihm meist nicht schwer fallen wird —), dass ihm durch die Sache ein Schaden entstanden ist, so haftet der Hinterleger, falls nun er nicht den Exculpationsbeweis anzutreten vermag. Diesen Beweis kann er nach verschiedenen Richtungen liefern. Er befreit sich einmal durch den Nachweis, dass er die gefährliche Beschaffenheit der Sache bei der Hinterlegung nicht gekannt hat und diese Unkenntnis nicht auf Fahrlässigkeit beruhte, sodann auch durch den Nachweis, dass er dem Verwahrer von der Gefahr Anzeige gemacht hat oder dass der Verwahrer auch ohne diese Anzeige von der Gefahr unterrichtet war.

Unverschuldete Unkenntnis befreit den Hinterleger nach § 694 B. G. B. nur dann, wenn sie „bei" der Hinterlegung gegeben war. Wie aber, wenn nach derselben der Hinterleger Kenntnis von der Gefahr erlangt*) und dem Verwahrer keine Anzeige erstattet? Muss der Hinterleger auch dann den durch die Beschaffenheit der Sache entstehenden Schaden ersetzen? Die Beantwortung dieser Frage lässt Planck Erl. 3 zu § 694 davon abhängen, ob man die Verpflichtung des § 694 auf eine culpa in contrahendo oder eine durch den Verwahrungsvertrag selbst begründete Verpflichtung zurückführt. Er entscheidet für die letztere Alternative, da nur diese die Möglichkeit biete, eine solche Haftung des Hinterlegers zu

*) Der nachträglich erlangten Kenntnis ist auch der Fall gleichzusetzen, dass der Hinterleger nachträglich bei Anwendung der verkehrsübl. Sorgfalt hätte Kenntnis erlangen müssen.

konstruieren. Die Bejahung dieser Haftung sei aber der natürlichen Auffassung und der Rücksicht auf Treu und Glauben entsprechend, da sonst der Verwahrer der Gefahr eines Schadens ausgesetzt wäre, der bei Mitteilung durch den Hinterleger hätte abgewendet werden können. Letzterem wird man nur zustimmen können. Gewiss wäre es unbillig, den Hinterleger von Haftung freizulassen, falls er trotz nachträglich erlangter Kenntnis von der gefahrdrohenden Beschaffenheit der Sache die Anzeige unterlässt. Aber die Begründung Plancks ist nicht stichhaltig. Denn die Verpflichtung des Hinterlegers zum Schadensersatze, falls er trotz nachträglich erlangter Kenntnis von der Gefahr die Anzeige versäumt, lässt sich überhaupt nicht aus § 694 B. G. B. folgern, sondern beruht auf der allgemeinen Vorschrift des § 276 B. G. B., soweit nicht etwa eine Haftung aus unerlaubter Handlung konstruiert werden kann. Ueberhaupt haftet der Hinterleger für alle Schäden, die nicht unter § 694 fallen, nach Massgabe des § 276 B. G. B. So auch Crome § 276, Fischer-Henle Anm. 1 zu § 694. Im übrigen ist der Behauptung Oertmanns Erl. zu § 694 zuzustimmen, dass die Haftung des § 694 eher auf der sog. culpa in contrahendo als auf der Verletzung von Vertragspflichten beruhe. So auch die Motive S. 582, die als Grund dafür angeben, der Hinterleger übernehme im Vertrage keine Garantie dafür, dass dem Verwahrer aus der Hinterlegung kein Schaden entstehe.

Bei der Haftung aus § 694 ist auf Seite des Hinterlegers die fahrlässige Unkenntnis der tatsächlichen Kenntnis gleich geordnet. Nicht so auf Seite des Verwahrers, dem eine die Gleichstellung des Kennen-

müssens rechtfertigende Untersuchungspflicht in Bezug auf die übergebene Sache nicht obliegt. (Goldmann-Lilienthal S. 717.) Der Hinterleger kann sich also wohl darauf berufen, dass der Verwahrer die Gefahr auch ohne Anzeige gekannt hat, nicht aber darauf, dass er sie auch ohne Anzeige hätte kennen müssen. Daraus folgt, dass sich der Hinterleger auf konkurrierendes Verschulden des Beschädigten nur dann stützen kann, wenn er nachzuweisen vermag, dass demselben irgend ein anderes mit dem eingetretenen Schaden kausales Verschulden als blosses fahrlässiges Nichtkennen der Gefahr zur Last liegt. Innerhalb dieses Rahmens aber ist § 254 B. G. B. voll anwendbar.

Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung stehen dem Verwahrer auch wegen dieser Schadensersatzansprüche zu.

Die Wirksamkeit der im § 694 vorgesehenen Anzeige bemisst sich nach § 130 B. G. B.; hiebei ist es gleichgültig, ob sie dem Verwahrer tatsächlich zur Kenntnis gekommen ist oder nicht, Planck Erl. 1 zu § 694, Neumann Anm. 2 zu § 694.

3. Die Vergütungspflicht des Hinterlegers.

Eine dritte Pflicht des Hinterlegers besteht darin, dem Verwahrer im Falle entgeltlicher Verwahrung die Vergütung zu leisten. Entgeltlich ist aber die Verwahrung dann, wenn entweder eine Vergütung für die Aufbewahrung ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist oder die Voraussetzungen des § 689 B. G. B. vorliegen, ohne dass nach dem Parteiwillen eine Vergütung ausgeschlossen sein soll.

Nach § 689 B. G. B. gilt eine Vergütung für die Aufbewahrung als stillschweigend vereinbart, wenn

die Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. D. h.: mangels einer wirklichen Parteivereinbarung über Vergütung kann auch dann der Verwahrer eine solche beanspruchen, wenn nach der allgemeinen und billigen Verkehrsauffassung in gleich- oder ähnlich gelagerten Fällen regelmässig eine Vergütung gewährt wird. Bei der Beurteilung, ob ein solcher Fall vorliegt, können die verschiedensten Momente in Betracht kommen. Der Umstand, ob die Verwahrung auf Gefälligkeit beruht oder nicht, ob der Verwahrer gewerbsmässig solche Geschäfte betreibt, ob ihm die Uebernahme der Verwahrung eine erhebliche Last bringen wird, die wirtschaftliche und gesellschaftliche Stellung der Vertragsteile, auch z. B. die Tatsache verwandtschaftlicher Beziehungen der Parteien zu einander kann massgebend sein. Immer aber ist zu beachten, dass es auf die subjektiven Vorstellungen der Parteien nicht ankommt. Der § 689 B. G. B. nimmt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart nicht dann an, wenn die Aufbewahrung von den Parteien als entgeltliche erwartet wird, sondern dann, wenn sie den Umständen nach nur als eine gegen Entgelt erfolgende allgemein zu erwarten ist. Ausschlaggebend ist also nur, ob das objektive Gesamtbild, wie es sich durch die Umstände des Falles ergibt, die Annahme einer entgeltlichen Verwahrung rechtfertigt oder nicht. Die Bestimmung des § 689 B. G. B. ist eine Billigkeitsvorschrift zu Gunsten des Verwahrers: zwar kann sie ihm nicht dann einen Anspruch auf Entlohnung sichern, wenn er irrtümlicher Weise oder in Verkennung der Sachlage eine Entlohnung erwartet, aber sie gewährt ihm einen Vergütungsanspruch auch

dann, wenn der Verwahrer nicht wusste oder nicht glaubte, dass die von ihm vorgenommene Tätigkeit nach der Verkehrsauffassung zu entlohnen sei.

Die im § 689 aufgestellte Vorschrift ist eine Vermutung, eine gewöhnliche praesumptio juris. Das Gesetz befreit hier, indem es für den Fall, dass die Aufbewahrung den Umständen nach nur entgeltlich zu erwarten ist, eine Vergütung von den Parteien als stillschweigend vereinbart ansieht, den Vergütung Beanspruchenden von der Beweislast gegenüber dem anderen Teile, der die Entlohnung unter Berufung darauf, dass eine solche nicht vereinbart worden sei, verweigert. Insoweit das Gesetz hienach verordnet, dass eine tatsächlich nicht ausgemachte Vergütung als doch und zwar stillschweigend vereinbart angesehen werden solle, enthält es eine Fiktion. Vergl. auch Fischer-Henle Anm. 1 zu § 612. Hedemann, Vermutung S. 245 hält die Bestimmung des § 689 für eine Auslegungsregel; ihm stimmt auch Oertmann zu, Erl. 1 zu § 612, ebenso Planck Anm. 1 zu § 689. Endemann Anm. 18 zu § 174 tadelt (beim Dienstvertrage, der die gleiche Vorschrift enthält), dass das Gesetz zur Fiktion gegriffen habe: „Die Verpflichtung zur Vergütung beruhe entweder auf Vereinbarung oder folge als Ergebnis aus dem schlüssigen Tatbestand, dass die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten sei". Gegen die Fassung des § 689: „gilt als stillschweigend vereinbart, ..." wenden sich Oertmann a. a. O. und Crome part. R. Gesch. S. 171 Nr. 10, die sie als missverständlich und im Vergleiche mit § 354 H. G. B. weniger gut halten. Die Frage ist ohne erhebliche Bedeutung. In allen Fällen ist sicher, dass der Hinter-

leger gegenüber dem aus § 689 B. G. B. geltend gemachten Vergütungsanspruch den Gegenbeweis nach § 292 C. P. O. führen kann: vermag er zu beweisen, dass von den Parteien entgeltliche Verwahrung nicht gewollt war, so ist er von der Verpflichtung zur Leistung der Vergütung frei, auch wenn es sich um eine Verwahrung handelte, die nach den Umständen nur gegen Vergütung zu erwarten ist, Oertmann a. a. O.

Die Höhe der Vergütung bestimmt sich zunächst, wenn möglich, aus der Parteivereinbarung, in welcher sie ausdrücklich oder stillschweigend, z. B. durch Bezugnahme auf frühere Vereinbarungen, enthalten sein kann.

Nicht so einfach ist die Höhe der Vergütung dann zu bestimmen, wenn eine derartige Vereinbarung fehlt, insbesondere im Falle des § 689 B. G. B. Auffallend ist hiebei, dass die Bestimmung des § 689 wörtlich der gleichen Vorschrift der §§ 612 bezw. 632 jeweils Abs. 1 für den Dienst- und Werkvertrag entspricht, während bezüglich der Höhe die Vorschrift des § 612 (bezw. 632) Abs. 2 nicht auf den Verwahrungsvertrag übernommen ist. Weder aus den Motiven, noch aus den Protokollen lässt sich ein Grund hiefür ersehen. Schon dies berechtigt zu dem Schlusse, dass eine sachliche Verschiedenheit in der Behandlung der Frage vom Gesetze nicht begründet werden wollte. Es besteht in der Tat keine Veranlassung, die entsprechende Anwendbarkeit jener Vorschrift in Abs. 2 der genannten Paragraphen auf den Verwahrungsvertrag zu verneinen. Aehnlich wohl auch Enneccerus-Lehmann § 302. Dagegen Lotmar S. 134, nach welchem beim Fehlen einer Bestimmung

über die Höhe der Vergütung sofort § 316 B. G. B. Platz greifen soll.

Richtiger Ansicht nach also ist, wenn die Höhe der Vergütung nicht bestimmt ist, beim Bestehen einer Taxe die taxmässige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen. Zunächst hat man daher zu untersuchen, ob für den vorliegenden Verwahrungsfall eine Taxe besteht. Ist dies so, so gilt diese Taxe als Vergütung vereinbart. Zweifelhaft kann nur sein, was das Gesetz unter „Taxe" versteht, da der Begriff sich nirgends definiert findet. Oertmann Anm. 2 zu § 612 erkennt als Taxe im Sinne des Gesetzes nur eine obrigkeitlich festgesetzte an. Ebenso Planck Erl. 4 zu § 612. Lotmar dagegen, a. a. O. (und Arch. f. Soz. G. 15,99) lässt auch eine aus Privatvereinbarung herrührende gelten. Die Ansicht der Erstgenannten verdient den Vorzug. Nicht nur im Sinne des Gesetzes, sondern auch nach dem Sprachgebrauch und der Auffassung des Verkehrs bedeutet Taxe einen von der Behörde aufgestellten und daher für gewisse Verhältnisse allgemein massgebenden Preissatz. So auch Oertmann a. a. O. Freilich ist hiemit die Anwendbarkeit der Vorschrift über die Zugrundelegung einer Taxe beim Verwahrungsvertrag ziemlich beschränkt. Solche Taxen werden hier nur selten vorkommen, so z. B. bei den Verwahrungsgeschäften der Bahnhofportiers u. dgl.

Fehlt auch die Möglichkeit, die Höhe der Vergütung auf Grund einer Taxe zu bestimmen, so ist — ebenfalls in analoger Anwendung des § 612 (632) Abs. 2 B. G. B. — auf die „übliche" Vergütung zurückzugreifen. Bei der Beurteilung der Frage, welche

Vergütung im Einzelfalle als üblich anzusehen sei, sind vor allem die jeweils bestehenden Ortsgebräuche, die allgemeine Verkehrssitte, die Umstände zu berücksichtigen. Ein Grund, warum Planck Erl. 2 zu § 689 beim Fehlen einer Taxe nicht zunächst der Vorschrift des § 612 Abs. 2 B. G. B. entsprechend die übliche Vergütung als vereinbart ansieht, sondern gleich auf § 316 B. G. B. zurückgeht, ist nicht ersichtlich, zumal auch er der Feststellung der üblichen Vergütung, nämlich bei Prüfung der Frage, ob die Bestimmung der Vergütung nach § 315 B. G. B. für den Hinterleger bindend ist, nicht entraten kann.

Ist die Feststellung der Höhe der Vergütung auch nach der zweiten Alternative des § 612 Abs. 2 B. G. B. nicht möglich, z. B. weil die Bestimmung der üblichen Vergütung auf Schwierigkeiten stösst, so greifen die Vorschriften der §§ 316, 315 Platz. Im Zweifel hat also der Verwahrer und zwar nach billigem Ermessen durch Erklärung dem Hinterleger gegenüber die Festsetzung zu treffen. Das Gleiche hat auch dann stattzufinden, wenn zwar eine Taxe besteht, dieselbe aber eine bestimmte Forderung nicht begründet, sondern nur Minimal- und Maximalsätze oder nur eines von beiden enthält.

Beansprucht der Verwahrer auf Grund der Vorschrift des § 612 Abs. 2 eine Vergütung von bestimmter Höhe, so trifft ihn gegenüber dem Hinterleger, welcher — etwa mit der Behauptung einer festgesetzten geringeren Vergütung — widerstreitet, die Beweislast. Er hat darzutun, dass eine Bestimmung der Vergütung im Vertrag nicht erfolgt ist. So auch Neumann Anm. 3 zu § 612.

Dass die Vergütung in Geld bestehen müsse, ist im Gesetze nicht bestimmt und auch nicht notwendig. Insbesondere kann nach Crome, part. R. Gesch. S. 460 auch beim Verwahrungsvertrage, wenn auch seltener als bei anderen Geschäftsbesorgungen, die Vergütung eine partiarische Gestaltung aufweisen; es ist möglich, dass sie in einem Anteil an den hinterlegten Sachen besteht, den der Hinterleger nach Beendigung des Vertrages dem Verwahrer gewährt. Doch kann nach Crome von einer eigentlich partiarischen Vergütung nur dann gesprochen werden, wenn die Tätigkeit des Verwahrers, was aber meist nicht der Fall ist, dem Deponenten einen Gewinn bringt, bezw. ihn vor Verlusten schützt. An einem Beispiel weist hiebei Crome nach, dass durch eine derartige Gestaltung der Vergütung der Verwahrer oft dazu komme, dem Hinterleger eine weit über das Mass seiner gesetzlichen Verpflichtung hinausgehende Sorgfalt bei der Ausführung der Verwahrung zu leisten.

Die Fälligkeit der zu entrichtenden Vergütung ist im § 699 B. G. B. geregelt. Abweichende Parteivereinbarung ist dem dispositiven Charakter auch dieser Vorschrift entsprechend wohl möglich. Die angeführte Gesetzesbestimmung unterscheidet, ob die Vergütung als ganzes für die Gesamtdauer der Verwahrung angesetzt oder nach Zeitabschnitten bemessen ist und regelt im Anschlusse daran die nicht zweifelsfreie Frage, ob und welche Vergütung der Verwahrer verlangen könne, wenn sich ein vorzeitiges Ende der Aufbewahrung ergibt.

Die nach Zeitabschnitten bemessene Vergütung ist nach dem Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte,

also postnumerando, zu entrichten. Fällt dabei der Beginn der Verwahrung in Mitte eines solchen kalendermässigen Zeitabschnitts, so soll die erste Teilvergütung, wie Oertmann durch Verweisung auf Erl. 1 zu § 551 ausführt, nach dem Ablauf dieses Abschnittes und zwar pro rata der bis dahin abgelaufenen Zeit der Verwahrung zu entrichten sein. Richtiger dürfte man vielleicht in analoger Anwendung des § 699 Abs. 2 B. G. B. dem Verwahrer Anspruch auf eine seinen bisherigen Leistungen entsprechende Vergütung gewähren. Da der Verwahrer infolge seiner Vorleistungspflicht Anspruch auf die Vergütung erst nach Ablauf des jeweiligen Zeitabschnittes hat, kann er, vom Hinterleger auf die Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen angegangen, nicht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend machen. Er darf dies selbst dann nicht, wenn der Hinterleger ihm die Vergütung für einen früheren Zeitabschnitt noch nicht geleistet hat. Denn letzteren Falles würde der Verwahrer auf Grund des § 320 B. G. B. eine Leistung verweigern, welche zu der vom anderen Teile noch ausstehenden nicht im Verhältnis der Gegenleistung steht und die daher den Schutz des § 320 nicht geniessen kann. So auch Oertmann Erl. 1 zu § 614. Der entgegengesetzten Ansicht Krahmers S. 89/90 kann nicht zugestimmt werden. Ihr steht Wortlaut und Sinn des § 320 entgegen. Und wenn Krahmer in der Anwendung des genannten Paragraphen auch auf diesen Fall den einzigen Schutz des Verwahrers dagegen erblickt, dass er trotz vertragswidrigen Verhaltens des anderen Teils immer weiter ins Ungewisse leisten müsse, so irrt er auch darin. Denn es liegt kein Grund vor, dem Verwahrer hier

den allgemeinen Rechtsbehelf des § 273 B. G. B. — Zurückbehaltungsrecht — zu versagen und endlich wird auch die Vorschrift des § 696 B. G. B. dienen, da zweifelsohne die Nichtzahlung der für einen früheren Abschnitt bereits geschuldeten Vergütung einen wichtigen Grund darstellt, der den Verwahrer berechtigt, die sofortige Rücknahme der Sache zu verlangen.

Die nicht nach Zeitabschnitten bemessene Vergütung ist bei Beendigung der Aufbewahrung zu entrichten. Wie unten gezeigt werden wird, endigt die Aufbewahrung regelmässig mit der Rückgabe der hinterlegten Sache. Somit sind beide Ansprüche Zug um Zug zu erfüllen und beiden Teilen steht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäss §§ 320 ff. B. G. B. zu. Selbstverständlich kann der Verwahrer auch wegen seines Anspruches auf Vergütung gegenüber dem Rückgabeanspruch des Hinterlegers das Zurückbehaltungsrecht ausüben und, falls die Voraussetzungen dazu gegeben sind, auch aufrechnen.

Bei vorzeitiger Endigung der Aufbewahrung ist der Verwahrer durch § 699 Abs. 2 B. G. B. auf einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verwiesen. Es soll also hier nicht schlechthin auf die Zeit der wirklich vollzogenen Aufbewahrung ankommen, sondern auch (nach den Umständen des Falles) die Berücksichtigung der Leistungen des Verwahrers geboten sein. Wo die Erfüllung der Aufbewahrungspflicht nicht aus besonderen Gründen eine das gewöhnliche Mass übersteigende (Bewahrungs-) Tätigkeit des Verwahrers erfordert, wird auch nach dieser Vorschrift das Verhältnis der bis zur tatsächlichen Endigung der Verwahrung abgelaufenen Zeit zur vereinbarten oder aus den Umständen zu er-

mittelnden Gesamtdauer der Aufbewahrung die Grundlage für die Bemessung der Vergütung zu bilden haben. Hatte aber der Verwahrer in der Zeit bis zur tatsächlichen Endigung der Verwahrung eine über das gewöhnliche Mass hinausgehende Tätigkeit zu leisten, so ist das Verhältnis dieser zur vorausgesetzten Gesamtleistung zu Grunde zu legen. Aehnlich Planck Anm. 2 zu § 699, Oertmann Erl. 2 zu § 699.

Der dispositive Charakter dieser Vorschrift ist hier noch besonders durch den Zusatz: „sofern nicht aus der Vereinbarung über die Vergütung sich ein anderes ergibt" betont. Dieser Hinweis auf die Parteivereinbarung erscheint beim Verwahrungsvertrag deshalb zweckmässig, da gerade hier häufig auf die ohne weiteres oder erst durch Auslegung erkennbaren Absichten der Parteien zurückgegangen werden muss. Denn da § 695 B. G. B. dem Hinterleger jederzeit das Recht zur Rücknahme der hinterlegten Sache zugesteht, so wird sich häufig der Verwahrer ausbedungen haben, dass ihm durch die Betätigung dieses Rechts der Anspruch auf die vertragsmässige Vergütung nicht gekürzt werden dürfe oder es wird eine derartige stillschweigende Vereinbarung anzunehmen sein. Andererseits wirkt die Vorschrift auch zu Gunsten des Hinterlegers: da die Beendigung des Vertrags auch ihren Grund in einem Verschulden des Verwahrers, z. B. vertretbare Unmöglichkeit der Rückgabe, haben kann, so wird die Parteiabsicht oft dahin gehen, dass dem Verwahrer diesfalls sein Anspruch auf Vergütung versagt sein solle. Dasselbe wird sogar unter Umständen dann angenommen werden können, wenn der Vertrag sein vorzeitiges

Ende dadurch nimmt, dass der Verwahrer Rücknahme aus einem wichtigen Grund gemäss § 696 fordert und erlangt.

4. Die Rücknahmepflicht des Hinterlegers.

Die Pflicht des Hinterlegers zur Zurücknahme der Sache gemäss § 696 B. G. B., bezw. das dieser Pflicht entsprechende Recht des Verwahrers auf Rückgabe ist im folgenden Abschnitte zu besprechen.

Vierter Abschnitt.

Die Endigung des Vertrags.

1. Ueber den Rückgabeanspruch im allgemeinen. — Das Rückforderungsrecht des Hinterlegers.

Nebst der Aufbewahrungspflicht bildet die Verpflichtung des Verwahrers zur Rückgabe der hinterlegten Sache die wichtigste der aus dem Vertrag entspringenden Verbindlichkeiten. Der erste Entwurf des B. G. B. hatte in dem die Begriffsbestimmung des Verwahrungsvertrages gebenden § 614 die Rückgabepflicht besonders erwähnt, im zweiten Entwurf dagegen ist der diesbezügliche Zusatz — wohl als selbstverständlich — gestrichen. So auch im § 688 B. G. B., das sich begnügt, einzelne die Rückgabe betreffende Bestimmungen aufzustellen.

Wie die Uebergabe der aufzubewahrenden Sache den Beginn, so begründet die Rückgabe der Sache — und zwar regelmässig erst diese — das Ende des Vertragsverhältnisses. So die überwiegende Meinung, vor allem Oertmann Erl. 4 zu § 688, Planck

Anm. 1 zu § 695, Staudinger Erl. 2 zu § 695, Neumann Anm. 4 zu § 685. Dagegen Schollmeyer S. 135. Die Motive S. 583 geben Aufschluss darüber, dass die herrschende Meinung die richtige ist, indem sie erkennen lassen, dass bei der Fassung der §§ 695, 696 mit Absicht — entgegen den Bestimmungen z. B. bei der Miete, beim Auftrag — das Wort „Kündigung“ (Widerruf) nicht gebraucht wurde: denn „das Vertragsverhältnis soll nicht schon durch eine auf die Lösung des Vertrags gerichtete Erklärung endigen, sondern bis zur Rückgabe der Sache fortdauern“. Dass dies unbeschadet der Vorschriften über den Verzug geschehe, besagt dieselbe Stelle der Motive und ist selbstverständlich. Eine Parteivereinbarung, dahingehend, dass das Vertragsverhältnis schon vor der Rückgabe oder überhaupt ohne diese endigen solle, ist natürlich nicht ausgeschlossen.

Wie nach gemeinem Recht, so ist auch nach heutigem bürgerlichen Recht die Möglichkeit, den Verwahrungsvertrag durch Rückgabe der Sache zur Beendigung zu bringen, beiden Teilen gegeben. Nicht aber beiden Parteien in gleicher Weise, vielmehr ist der Natur und dem Zwecke des Vertrags entsprechend dem Hinterleger die günstigere Stelle eingeräumt. Denn eine Zeitbestimmung wirkt zu Gunsten des Hinterlegers. Sie verpflichtet lediglich den Verwahrer die Sache bis zum Eintritt dieses Termins zu verwahren, wobei nur der Fall eine Ausnahme macht, dass der Verwahrer die Rücknahme aus einem wichtigen Grunde verlangen darf; sie hindert aber den Hinterleger nicht, die Sache jederzeit zurückzufordern. Dies bestimmen heute die §§ 595 und 596 B. G. B.

Bestritten ist nur, ob der dem Hinterleger das stete Rückforderungsrecht gewährende § 695 B. G. B. dispositiven Charakters ist oder nicht. Oertmann Erl. 1 zu § 695 hält dieses zeitlich ungebundene Rückforderungsrecht als mit dem Wesen des Vertrags unzertrennlich verbunden; ebenso weitgehend behaupten die (absolut) zwingende Natur der Vorschrift in dem Sinne, dass eine entgegenstehende Vereinbarung zwar nicht nichtig ist, aber dem Geschäfte den Stempel eines anderen Vertrags aufdrückt, Dernburg S. 592 Nr. 1, der dann einen Werkvertrag annimmt, Schollmeyer S. 135, der für Dienstvertrag entscheidet, Staudinger Erl. 5 zu § 695. An der dispositiven Natur des § 695 halten dagegen fest Planck Erl. 2 zu § 695, Liebe Anm. 24 zu § 169, Landsberg S. 492. Planck verweist hiebei darauf, dass der Wortlaut des § 695 nicht zur entgegengesetzten Auffassung zwinge, indem insbesondere das Gesetz, hätte es den § 695 B. G. B. zur zwingenden Vorschrift machen wollen, einen Zusatz nach Art des § 723 Abs. 3 B. G. B. aufgenommen haben würde. Dem ist zuzustimmen; in der Tat lassen sich Fälle denken, in denen die Parteivereinbarung einer auch zu Gunsten des Verwahrers wirkenden Zeitbestimmung zweckentsprechend ist und mit dem typischen Vertragszwecke der Aufbewahrung nicht im Widerspruch steht, so z. B., wenn der Hinterleger A irgend eine kostbare Sache gerade von seinem Freunde B verwahrt wissen will, letzterer aber die Verwahrung nur unter der Bedingung zu übernehmen bereit ist, dass er die Sache, an der er selbst grossen Gefallen findet, auf bestimmte Zeit behalten dürfe. Trotz des Eingehens auf diese Bedingung kann für den Hinterleger nach

wie vor der Zweck des Vertrages die Aufbewahrung als solche bilden. In anderen Fällen freilich mag es vorkommen, dass durch solche Vereinbarung der Vertrag den Charakter eines anderen Geschäfts annimmt.

Wo eine das Recht aus § 695 B. G. B. ausschliessende Parteivereinbarung nicht vorliegt, ist der Hinterleger zur steten Rückforderung der Sache berechtigt, d. h. der Verwahrer muss ihm auf sein Verlangen jederzeit die Sache aushändigen. Jedoch auch diese starre Regel unterliegt dem Grundsatz von Treu und Glauben zufolge Modifikationen. Nach allgemeinen Grundsätzen wird man annehmen dürfen, dass die Rückgabe nur zu verkehrsüblicher Zeit bewirkt werden muss; dass aber auch innerhalb dieser der Verwahrer unter Umständen und je nach den Umständen des Falles verschieden eine angemessene Zeit zur Bewirkung, eventuell sogar zur Vorbereitung der Rückgabe beanspruchen dürfe, entspricht nur der Billigkeit und der auch im Rahmen des § 695 B. G. B. vom Hinterleger zu beobachtenden Rücksicht auf die Interessen des Verwahrers. Ebenso für das gemeine Recht Holzschuher Anm. S. 601.

Ob der Hinterleger die Sache auch von einem Dritten zurückfordern könne, ist bestritten. Endemann Anm. 19 zu § 185 bejaht in entsprechender Anwendung der §§ 556 Abs. 3, 604 Abs. 4, 822 B. G. B. die Frage mit Recht; desgleichen Oertmann Erl. 3 § 695. Anderer Ansicht Planck Erl. 1 zu § 691.

2. Einreden gegen den Rückgabeanspruch.

Dass dem Verwahrer gegenüber dem Rückforderungsanspruch des Hinterlegers prinzipiell sowohl

Zurückbehaltungs- als auch Aufrechnungsrecht zusteht, ist schon hervorgehoben worden. Hierin besteht ein wesentlicher Gegensatz zum gemeinen Recht, welches gegenüber dem Anspruch des Hinterlegers weder Kompensation noch Retention kannte.*) Das B. G. B. hat derartige Bestimmungen nicht aufgenommen; die Zulässigkeit der Zurückbehaltung wie der Aufrechnung bestimmt sich daher im einzelnen Falle nach deren speziellen Voraussetzungen und kann selbstverständlich durch Parteivereinbarung von vorneherein ausgeschlossen erscheinen. Dass für das Aufrechnungsrecht im Rahmen des Verwahrungsvertrages kein weiter Spielraum gegeben ist, ergibt sich aus der besonderen Natur des Vertrags. Meist wird es an der erforderlichen Gleichartigkeit der beiden in Frage stehenden Leistungen fehlen.**) ***)

Von grösserer praktischer Bedeutung ist beim Verwahrungsvertrag die Frage, ob und inwieweit dem Rückgabeanspruch des Hinterlegers mit der Einrede des Eigentums, sei es eines Dritten, sei es des Verwahrers selbst, begegnet werden kann.

Ausgeschlossen ist gemeinrechtlich wie nach B. G. B. die Einrede des Verwahrers, dass ein Dritter Eigentümer der hinterlegten Sache sei. Eine Ausnahme kann nach Crome § 276 nur dann statthaben, wenn der Dritte die Sache kraft seines dinglichen

*) Der Grund für diese Regelung ist der, dass u. U. der Hinterleger das grösste Interesse an der ungesäumten Herausgabe der Sache haben kann. Ein Interesse, welches so bedeutend ist, dass ihm gegenüber auch die berechtigten Ansprüche des Verwahrers fürs erste zurücktreten müssen. Vgl. darüber Ihering, der Besitzwille 1889, S. 527.

**) So in Plancks Beispiel, Erl. 4 zu § 695.

***) Letzteres nimmt Kretschmar § 695 als stets zutreffend an.

Rechts dem Verwahrer bereits abgestritten hat, ohne dass der Verwahrer dem Hinterleger regresspflichtig ist. Aehnlich auch Oertmann Erl. 2 b § 695.

Schwieriger fällt die Entscheidung dann, wenn dem Rückgabeanspruch des Hinterlegers das Eigentum des Verwahrers selbst entgegengesetzt werden soll. Windscheid S. 562 führt aus, dass der Verwahrer auch durch Berufung auf sein Eigentum dem Anspruch aus dem depositum nicht entgehen könne und eventuell sein Eigentumsrecht in einem besonderen Prozesse geltend machen müsse. Dieser, auf die l. 11 C. 4,34 gestützten Ansicht, wonach der actio depositi directa weder actiones personales noch solche in rem entgegengestellt werden sollen, widerspricht Dernburg Pand. Anm. 23 S. 250 mit der Begründung, es handle sich bei der Rückgabeweigerung nicht um die Entgegnung mit einer dinglichen Klage, sondern um die Leugnung der Rechtsbeständigkeit des depositum selbst: denn das depositum der eigenen Sache sei nichtig. Der Einwand des Eigentums gegenüber der actio depositi directa ist also nach Dernburg nicht ausgeschlossen. Auch Windscheid nimmt übrigens den Einwand als möglich dann an, wenn der Depositar das Eigentum vom Deponenten selbst und zwar nach der Hinterlegung erworben hat. Letzteres ist zutreffend. Denn darin liegt eine die Verpflichtung des Verwahrers zur Rückgabe beseitigende vertragsmässige Aufhebung des depositum. So auch das Reichsgericht in Bd. 15 S. 208. *)

*) Hier ist auch ausgesprochen, dass, wenn der Verwahrer nicht allein, sondern mit anderen das Eigentum an den hinterlegten Sachen erworben hat, er die Rückgabe nur weigern kann, soweit ihm selbst das Eigentum zusteht.

Der Standpunkt Dernburgs für das gemeine Recht, es sei das depositum der eigenen Sache nichtig, kann für das heutige Recht nicht mehr aufrecht erhalten werden. An sich ist der Vertrag, durch den sich jemand zur Aufbewahrung einer ihm gehörigen Sache verpflichtet, nicht ungültig. Er ist es ebensowenig als ein Mietvertrag über die eigene Sache. Jedenfalls hat ein solcher Verwahrungsvertrag dann volle Rechtswirksamkeit, wenn der Hinterleger dem Verwahrer gegenüber zum Gebrauche der Sache bezw. zum Besitze derselben berechtigt ist. Unter solchen Umständen kann der Verwahrungsvertrag über die eigene Sache einen guten Sinn haben; besonders bei der unentgeltlich geschlossenen Verwahrung ist häufig das Motiv des Hinterlegers zum Vertragsabschluss wesentlich in seinem Vertrauen zur Person des Verwahrers zu suchen. Es bedarf keiner Erörterung, dass dieses Vertrauen, die Erwartung, der Verwahrer werde die Sache gut in Obacht nehmen, ein besonders begründetes durch die Tatsache werden kann, dass es der Eigentümer selbst ist, welcher die Sache verwahrt. Aber auch wenn der Hinterleger ein Besitzrecht an der Sache nicht hat, kann nicht ohne weiteres auf die Ungültigkeit des Vertrages geschlossen werden. Eine andere Frage ist die, ob nicht diesfalls der Vertrag nach § 119 (§ 121) B. G. B. wegen Irrtums angefochten werden kann. Je nachdem man sich hiebei auf den Standpunkt stellt, dass der Verwahrer sich über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum befunden habe oder nur Irrtum im Beweggrund vorliege, ist die Frage in bejahendem oder verneinendem Sinne zu entscheiden. Bejahend spricht sich Staudinger Erl. B I Nr. 2 zu § 535 aus, mit mehr Recht

verneinend aber Planck Anm. 2 zu § 535. Unrichtig jedoch ist die Ansicht Kuhlenbecks Anm. 2 zu § 695, wonach in allen Fällen der Verwahrungsvertrag über die eigene Sache nichtig sei.

Hienach beantwortet sich unschwer die Frage nach der Zulässigkeit der Eigentumseinrede des Verwahrers. Ist der Vertrag angefochten und daher von Anfang an nichtig, so kann der Hinterleger kein Recht aus ihm herleiten und ist die Eigentumseinrede gegenüber dem Rückgabeanspruch deshalb nicht praktisch. Liegt aber nach Obigem ein gültiger Vertrag vor und hat der Hinterleger ein Gebrauchs- bezw. Besitzrecht (§ 868 B. G. B.) an der dem Verwahrer gehörenden Sache, so ist die Einrede des Eigentums unzulässig: Der Verwahrer hat die Sache dem Hinterleger herauszugeben. Anders dagegen, wenn dem Hinterleger ein solches Recht nicht zusteht. Hier könnte der Verwahrer die zurückgegebene Sache sogleich wieder für sich in Anspruch nehmen. Daher wird man schon aus dem Gesichtspunkt des § 226 B. G. B. dem Verwahrer die Eigentumseinrede zubilligen müssen. Der Satz: „dolo facit, qui petit, quod statim redditurus sit" findet hier Anwendung. So Oertmann Erl. 2 zu § 695, Staudinger Erl. I 1 3 e zu § 556, Planck Erl. 2 zu § 556 und wohl auch Scherer S. 973. Unrichtig ist hiegegen die weitergehende Ansicht von Matthias § 120 und Dernburgs § 350 IV, welche die Eigentumseinrede schlechthin zulässig erklären, unrichtig auch die Engelmanns S. 316, welcher sie für schlechthin unwirksam hält.

Das oben Ausgeführte muss nach Oertmann a. a. O. auch dann gelten, wenn dem Verwahrer zwar

nicht Eigentumsrecht, aber sonstiges Besitzrecht dinglicher oder persönlicher Natur an der Sache zusteht.

Ist Vergütung für die Aufbewahrung vereinbart, so steht sie dem Verwahrer natürlich nur bis zu dem Momente zu, bis zu welchem er die Sache als Verwahrer besitzt; sobald er als Eigentümer besitzt oder besitzen will, fällt der Vergütungsanspruch weg: es wäre unbillig, müsste der Hinterleger für eine Obhut zahlen, die nicht mehr in seinem Interesse, sondern allein im Interesse des anderen Kontrahenten liegt.

Dass wie nach gemeinem Recht, so auch nach heutigem die Uebertragung des Eigentums vom Hinterleger auf den Verwahrer nach Vertragsschluss regelmässig eine vertragsmässige Aufhebung der Verwahrung und dadurch die Wirksamkeit der Eigentumseinrede begründet, dies zu bestimmen ist von den Motiven für überflüssig erklärt.

3. Das Recht des Verwahrers auf Rücknahme der Sache.

Dem Rückforderungsrecht des Hinterlegers entspricht ein Rückgaberecht des Verwahrers, wenn es auch wesentlich beschränkter ist als jenes. Denn nach § 696 B. G. B. kann der Verwahrer nur dann jederzeit die Rücknahme der Sache fordern, wenn für die Aufbewahrung eine Zeit nicht bestimmt ist; andernfalls kann er nur bei Vorliegen eines „wichtigen Grundes" die vorzeitige Rücknahme verlangen. Dasselbe galt gemeinrechtlich, Motive S. 583.

Auch die Vorschrift des § 696 B. G. B. ist als dispositiv anzusehen. Sie will dem Verwahrer als Korrelat zu dem diesbezüglichen Rechte des Hinterlegers

ein Mittel an die Hand geben, die Beendigung des Vertrages herbeizuführen. Nicht aber mehr. In dem Zwecke der Bestimmung liegt infolgedessen nicht begründet, was Staudinger Erl. 4 zu § 696 meint: dass nämlich eine Vereinbarung, wonach das Recht des Verwahrers aus § 696 ausgeschlossen oder beschränkt wird, nichtig sei. Zustimmend Planck Erl. 4 zu § 696. Das Recht des Depositars, bei zeitlich nicht bestimmter Verwahrung jederzeit Rücknahme zu fordern, ist — entsprechend dem Rechte des Hinterlegers auf jederzeitige Rücknahme — dahin einzuschränken, dass die Rückgabe zu verkehrsüblicher Zeit zu erfolgen und der Hinterleger unter Umständen eine angemessene Frist zur Abholung der Sache zu beanspruchen hat. Im besonderen ist dies aus der Natur des Rückgabeanspruchs als einer Holschuld zu folgern.

Ist für die Aufbewahrung eine Zeit bestimmt, so kann der Verwahrer nur dann die vorzeitige Rücknahme verlangen, wenn ihm ein wichtiger Grund zur Seite steht. Der Begriff der Zeitbestimmung wird in der Literatur sehr weit aufgefasst. Er verlangt nicht einen genau fixierten Zeitraum, dessen Ende ohne weiteres aus dem Kalender hervorgeht; genügend ist schon die Bezugnahme auf irgend ein Ereignis oder auf einen Zustand, gleichviel ob der Zeitpunkt, wann ersteres eintreten, letzteres endigen werde, feststeht oder nicht. Selbst die Uebernahme der Verwahrung „während einer angemessenen Zeit" fällt nach Oertmann Erl. 2 zu § 696 unter diesen Satz. Der Verzicht des Verwahrers, innerhalb bestimmter Zeit Rücknahme zu verlangen, begründet die Annahme, dass hiedurch der Vertrag auf die Dauer eben dieser Zeit geschlossen ist, — so Goldmann-Lilienthal Anm. 22

S. 717 — und ein allgemeiner Verzicht des Verwahrers auf sein Rückforderungsrecht wird als Bestimmung einer angemessenen Zeit aufzufassen sein, so Oertmann Erl. 1 zu § 696.

Ob ein vom Verwahrer bei Geltendmachung des vorzeitigen Rücknahmeverlangens vorgeschützter Grund als ein „wichtiger Grund" anzusehen ist, bestimmt sich aus den Umständen des Falles und ist dem richterlichen Ermessen überlassen. Das Gesetz enthält auch keine Beispiele für einen solchen wie die §§ 71 und 72 des H. G. B. In Betracht können kommen Krankheit oder unverschiebliche Reise des Verwahrers, auch Aufgabe von zur Verwahrung benützten Räumen.

Wie Planck Erl. 2 zu § 696 bemerkt, liegt in dem Verlangen an den Hinterleger zur Rücknahme der Sache ein Angebot des Verwahrers zur Bewirkung der ihm obliegenden Rückgabepflicht. Leistet der Hinterleger dem — berechtigten — Verlangen des Verwahrers keine Folge, so gerät er unbestrittenermassen in Annahmeverzug. Die Bestimmungen über diesen finden dann Anwendung, insbesondere verändert sich die Haftung des Verwahrers gemäss § 300 Abs. 1 B. G. B. Auch kann der Verwahrer gegebenenfalls zur Hinterlegung schreiten. Bestritten ist die Frage, ob der nicht zurücknehmende Hinterleger nicht auch in Leistungsverzug versetzt werde. Die meisten Schriftsteller bejahen dies zutreffend: denn das Recht des Verwahrers, die Rücknahme der hinterlegten Sache zu „verlangen" schliesst eine positive Verpflichtung des Hinterlegers, diesem Verlangen zu entsprechen, unbedingt in sich. Es ist hier nicht anders wie beim Kauf- und beim Werkvertrag und auch die schon

äusserliche Aehnlichkeit der diesbezüglichen Vorschriften mit der des § 696 B. G. B. ist unverkennbar. So Oertmann Erl. 3 zu § 696, Planck Erl. 2 zu § 696, Staudinger Erl. 2 zu § 696, Schollmeyer S. 134, Cosack § 154 IV 3 d, Crome § 276. Demgegenüber leugnet Goldmann-Lilienthal S. 717 zu Unrecht ein klagbares Recht des Verwahrers auf Rücknahme und daher das Eintreten des Leistungsverzuges beim Hinterleger, wenn diesem Rechte nicht entsprochen wird. Er verweist den Verwahrer auf den Weg der Hinterlegung.

Die Verpflichtung des Hinterlegers die Sache zurückzunehmen, macht aber den Verwahrungsvertrag nicht zu einem gegenseitigen; denn sie ist nicht die Gegenleistung zu der vom Verwahrer vorzunehmenden Leistung und im Vergleich zu dieser von wesentlich untergeordneter Bedeutung. So auch Landsberg Anm. 3 S. 432.

Was die Beweislast im Falle des § 696 B. G. B. anlangt, so hat der Verwahrer, wenn er Rücknahme fordert, entweder den Ablauf der für die Aufbewahrung vereinbarten Zeit oder das Vorliegen eines ihn zur vorzeitigen Rückgabe berechtigenden wichtigen Grundes zu beweisen; der Hinterleger dagegen hat den Nachweis zu erbringen, dass die vereinbarte Zeit nicht abgelaufen und der vom Verwahrer angegebene Grund kein wichtiger im Sinne des § 696 B. G. B. ist.

4. Die Bewerkstelligung der Rückgabe.

In allen Fällen — auch wenn es sich um vertretbare Sachen handelt — ist die gleiche Sache zurückzugeben, die hinterlegt worden ist. Hiedurch unterscheidet sich der regelmässige Verwahrungsvertrag

wesentlich vom unregelmässigen und dessen Unterart, dem (von Oertmann Erl. 2 zu § 700 so bezeichneten) „alternativ-irregulären Verwahrungsvertrag". Denn da hier stets vertretbare Sachen hinterlegt werden, das einemal mit der Vereinbarung des Eigentumsübergangs auf den Verwahrer und der Rückgabepflicht in genere, das anderemal mit der Erteilung der Erlaubnis an den Verwahrer, sich die Sachen zwecks Verbrauchs anzueignen, so ist dem Verwahrer hier jeweils vom Moment des Eigentumüberganges an die Rückgabepflicht in specie genommen und durch die in genere ersetzt. All dies trifft auch auf das gemeine Recht zu.

Hat die Sache beim Verwahrer Früchte (§ 99 ff. B. G. B.) abgeworfen, so erstreckt sich die Rückgabepflicht des Verwahrers auch auf diese. Ebenso ist etwaiges Zubehör herauszugeben. Das gleiche galt auch gemeinrechtlich, Dernburg Pand. S. 249. Kosten, die dem Verwahrer bei der Fruchtziehung entstanden sind, kann er nach Massgabe des § 102 B. G. B. ersetzt verlangen, soweit nicht schon dieses Recht sich aus dem § 693 B. G. B. ergibt.

Kann die Sache nicht oder nur beschädigt zurückgegeben werden, so haftet der Verwahrer, wenn ihn Verschulden trifft, für allen Schaden. Bestimmungen über die Beweislast, wie sie das frühere Recht hatte, insbesondere in dem Falle, dass verschlossen oder versiegelt übergebene Sachen beschädigt vorgefunden werden, sind in das B. G. B. nicht aufgenommen worden, vgl. auch Motive S. 573. Es gelten daher die allgemeinen Beweisregeln: vermag der Verwahrer die Sache nicht oder nur in schlechterem Zustande zurückzugeben, so muss er gemäss § 282 B. G. B. zum Aus-

schluss seiner Haftung den Nachweis erbringen, dass ihn ein Verschulden nicht treffe. Gelingt ihm dieser Nachweis, so ist er von der Haftung frei. Konkurrierendes Verschulden des Hinterlegers ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen: Ein solches kann insbesondere darin gefunden werden, dass der Hinterleger bei Verwahrung von aussergewöhnlich wertvollen Sachen den Verwahrer nicht auf diese Eigenschaft aufmerksam machte.

Nach gemeinem wie neuem Recht trägt der Hinterleger Kosten und Gefahr der Rückgabe; die Rückgabepflicht selbst ist Holschuld. So Dernburg Pand. S. 249, § 697 B. G. B. Auch diese Bestimmung ist dispositiver Natur und kann also durch Parteivereinbarung geändert werden. Wie Crome System S. 246 richtig bemerkt, ist vertragsmässige Abweichung von der Bestimmung des § 697 einschränkend auszulegen: es ist also im Zweifel anzunehmen, dass eine Aenderung im Erfüllungsort nicht eintritt. Insbesondere folgt dies dann, wenn der Verwahrer der Verabredung zufolge die Kosten etwaiger Versendung zu tragen hat, aus der Vorschrift des § 269 Abs. 3 B. G. B. Weitergehend hält Dernburg Pand. S. 249 und bürgl. Recht § 350 Nr. 4 den Verwahrer für verpflichtet, auch ohne Parteivereinbarung dem Verlangen des Hinterlegers, ihm die Sache auf seine Kosten und Gefahr zuzusenden, Folge leisten zu müssen. Ebenso Oertmann Erl. 1 zu § 697 in Berücksichtigung der Verkehrssitte, des Grundsatzes von Treu und Glauben und mit der Weiterung, dass der Verwahrer unter den angegebenen Voraussetzungen auf Anweisung des Hinterlegers auch einem Dritten zusenden müsse. Hiegegen mit Recht Crome S. 746 und besonders

Planck Erl. 1 zu § 697. Abgesehen von dem auch von Oertmann als bedenklich zugegebenen Wortlaut des § 697 B. G. B. wird man auch aus der naheliegenden Möglichkeit entsprechender Anwendung des § 692 (einseitige Anweisungen des Hinterlegers binden den Verwahrer nicht!) eine solche Verpflichtung des Verwahrers ablehnen dürfen.

Erfüllungsort für die Rückgabe der hinterlegten Sache ist der Ort, an welchem die Sache aufzubewahren war. So gemeinrechtlich wie nach § 697 B. G. B. Zunächst kommt also für die Rückgabe der Ort in Betracht, an dem der Verwahrer zufolge ausdrücklicher oder stillschweigender Parteivereinbarung die Sache aufzubewahren hatte. Hat der Verwahrer aber in Abweichung hievon an einem anderen Orte aufbewahrt, so muss untersucht werden, ob die Aenderung vertragswidrig oder nicht vorgenommen wurde. Ob letzteres zutrifft, ergibt sich aus den Umständen des Falles unter Zugrundelegung des § 692, auch § 691 B. G. B. Denn auch die Aenderung des Aufbewahrungsortes ist Abweichung von der vereinbarten Art der Aufbewahrung. Demgemäss hat die Rückgabe bei berechtigter Aenderung des vertragsmässigen Aufbewahrungsortes da zu geschehen, wo die Sache im Vollzuge dieser Abweichung tatsächlich verwahrt wurde: denn dieser Ort ist nun derjenige, an welchem aufzubewahren war. Beruht hiegegen die Aenderung des Aufbewahrungsortes auf Vertragswidrigkeit, so hat ohne Rücksicht auf den Ort, wo sich die Sache tatsächlich befindet, die Rückgabe am vertragsmässigen Orte zu erfolgen. So auch Staudinger Erl. 1 zu § 697, Goldmann-Lilienthal Anm. 25 zu § 191. Durch Parteivereinbarung kann natür-

lich auch über den Ort der Rückgabe beliebig bestimmt werden.

Endlich sei noch erwähnt, dass im Konkurse des Verwahrers der Rückgabeanspruch des Hinterlegers ein Aussonderungsrecht gemäss § 43 K. O. begründet. Denn der Hinterleger ist beim regelmässigen Verwahrungsvertrag Eigentümer der verwahrten Gegenstände — auch wenn es vertretbare Sachen sind — geblieben.